تحرير الفتاوي

على «التنبيه» و«المنهاج» و«الحاوي»

المسمّى

النُّكتُ على المختصرات الثَّلاث

تأليف

الإمام الحافظ الفقيه الأصولي

وليّ الدين أبي زُرْعة

أحمد بن عبد الرّحيم بن الحسين بن عبد الرّحمن العراقي

الكرديّ المهرانيّ القاهريّ الشّافعيّ

رحمه الله تعالى

(٧٦٢-٨٢٦هـ)

تحقيق

عبد الرّحمن فهمي محمّد الزّواوي



دار المنهاج

الطّبعَة الأولى
١٤٣٢هـ - ٢٠١١م



المملكة العربية السعودية ـ جدة
حي الكندرة ـ شارع أبها تقاطع شارع ابن زيدون
هاتف رئيسي 6326666 ـ الإدارة 6300655
المكتبة 6322471 ـ فاكس 6320392
ص. ب 22943 ـ جدة 21416
www.alminhaj.com
E-mail: info@alminhaj.com
ISBN: 978 - 9953 - 541 - 31 - 0

تحرير الفتاوي

على «التنبيه» و«المنهاج» و«الحاوي»

٢



كتاب التفليس

٢١٤٢ـ قول « التنبيه » فيما إذا حصلت علىٰ رجل ديون حالة [ص ١٠١] : (**وإن كان له مال لا يفي بديونه ، فسأل الغرماء الحاكم الحجر عليه . . حجر عليه**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يخفىٰ أن التعبير بالرجل مثال لا مفهوم له ؛ فالمرأة كذلك ؛ ولذلك عبر « المنهاج » و« الحاوي » بعبارة تتناولهما[١] .

ثانيها : تعبيره وتعبير « المنهاج » بالديون مثال أيضاً جريا فيه على الغالب ؛ فالدين الواحد إذا زاد على المال كذلك ؛ ولذلك عبر « الحاوي » بالدين[٢] .

ثالثها : تعبيرهم جميعاً بالمال يقتضي عدم الحجر إذا لم يكن له مال ، وتوقف فيه الرافعي ، وقال : قد يقال : يجوز منعاً له من التصرف فيما عساه يحدث له باصطياد واتهاب والظفر بركاز وغيرها[٣] .

رابعها : تناول إطلاقهم دين الآدمي ودين الله تعالىٰ كالزكاة ونحوها ، والمراد : الأول ، فلا حجر بدين الله تعالىٰ ، كما في الرافعي في (الأيمان) بعد ذكر الأقوال في اجتماعهما ؛ حيث قال : ولا تجري هـٰذه الأقوال في المحجور عليه بالفلس إذا اجتمعت حقوق الله ما دام حياً . انتهىٰ[٤] .

وعليه يدل تعبيرهم بسؤال الغرماء ، وقول « المنهاج » و« التنبيه » بعد ذلك : (**قسم بين الغرماء**)[٥] ، وقول « المنهاج » [ص ٢٥٠] : (**فإذا حُجِرَ . . تعلق حق الغرماء بماله**) .

خامسها : نقل شيخنا الإسنوي في « شرح المنهاج » عن الرافعي : تصحيح الحجر بالتماس الغرماء ولو زاد ماله على الدين إذا امتنع من وفائه ، ولو صح ذلك . . لورد على الكتب الثلاثة ، لكن الذي في الرافعي إطلاق كونه له مال[٦] ، فليحمل علىٰ ما إذا كان الدين أزيد من المال .

سادسها : لا يتقيد ذلك بسؤال جميع الغرماء ، بل لو سأل بعضهم ذلك ، ودينه قدر يُحْجَر به . . حُجِر أيضاً ، وقد ذكره « المنهاج »[٧] ، ولا يختص أثر الحجر بطالبه ، بل يعم الكل ، بل حكى

---

(١) الحاوي (ص ٣٠٦) ، المنهاج (ص ٢٥٠) .
(٢) الحاوي (ص ٣٠٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٢٧٨/١٢) .
(٥) التنبيه (ص ١٠١) ، المنهاج (ص ٢٥١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/٥) .
(٧) المنهاج (ص ٢٥٠) .

النووي عن جماعة : إطلاق الحجر إذا عجز ماله عن ديونه ، وطلبه بعضهم ، ولم يعتبروا دين الطالب ، وقال : إنه قوي[1] ، وقد يوافقه تعبير « الحاوي » بـ (الغريم)[2] ، وقد يُدعىٰ فيه العموم أيضاً ؛ لكونه جنساً معرفاً بالألف واللام .

سابعها : في معنىٰ سؤال الغرماء أو بعضهم : سؤال المفلس فيحجر بطلبه ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، قال السبكي : وصورته : أن يثبت الدين بدعوى الغرماء والبينة أو الإقرار أو علم القاضي ، فيطلب المديون الحجر دون الغرماء ، وإلا . . لم يكف طلبه ولو لم يدع الغرماء ، فمقتضىٰ كلام ابن الرفعة : تخريج الحجر على الحكم بالعلم . انتهىٰ .

ثامنها : مقتضىٰ كلامه : أنه لا يحجر بغير طلب ، وقد صرح بذلك « المنهاج »[4] ، لكن محله : في الرشيد ، أما المحجور عليه لصباً أو جنون أو سفه . . فيحجر له بسؤال وليّه ، فإن لم يسأل . . حجر الحاكم بغير سؤال أحد ، وقد ذكره « الحاوي »[5] .

تاسعها : عبارته وعبارة « المنهاج » تقتضي أنه إنما يكون الحجر علىٰ من عليه الدين ، ويرد عليه : ما إذا كان الذي زاد دينه علىٰ ماله صبياً ونحوه ؛ فإن الحجر إنما يُضرَبُ علىٰ وليه في مال محجوره لا مطلقاً ، وقد توقف شيخنا الإسنوي في الحجر في هـٰذه الصورة ، وقال : إن رأينا الحجر به . . ضُرب على الولي ، ومراده : في مال محجوره لا مطلقاً كما ذكرته ، لكن لا معنىٰ لهـٰذا التوقف ؛ فإطلاق المطولات والمختصرات يقتضي الحجر في هـٰذه الصورة ، وهو الفقه ، لكن الحجر على الولي كما ذكرته ، وأما من عليه الدين . . فإنه محجور عليه بأصل الشرع ، وعبارة « الحاوي » لا تنافي ذلك ؛ لأنه لم يصرح بمن يحجر عليه .

عاشرها : تعبير الكتب الثلاثة يحتمل جواز الحجر ، ووجوبه ، والأول هو الذي في « المحرر » تبعاً للإمام وغيره[6] ، والثاني هو الذي صرح به في « الروضة » من زيادته ، وقال : إنه صرح به أصحابنا ، وعد جماعةً ، قال : ونبهت عليه ؛ لأن عبارة كثير منهم : فللقاضي الحجر ، ولم يريدوا : أنه مخير فيه . انتهىٰ[7] .

وقال السبكي : لعل الإمام ومن وافقه يقولون : إن القاضي يفعل المصلحة من الحجر والبدار

---

(١) انظر « الروضة » (٤/١٢٨) .
(٢) الحاوي (ص ٣٠٦) .
(٣) الحاوي (ص ٣٠٦) ، المنهاج (ص ٢٥٠) .
(٤) المنهاج (ص ٢٥٠) .
(٥) الحاوي (ص ٣٠٦) .
(٦) المحرر (ص ١٧٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (٦/ ٣٠٤) .
(٧) الروضة (٤/١٢٨) .

إلى البيع ، وقال في « شرح المهذب » : إن الوجوب ظاهر إذا تعذر البيع في الحال ، فإن أمكن . . فينبغي ألاَّ يجب الحجر ، ويوفى الدين كما لو كان المال زائداً .

حادي عشرها : يشترط أيضاً : أن يكون الدين لازماً لا كنجوم الكتابة ، وهو مفهوم من كلامهم في الكتابة ، وأورد النشائي في « نكته » على « التنبيه » : اشتراط حلول الدين[1] ، ولا يرد ذلك عليه ؛ لذكره له في صدر كلامه .

٢١٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٠] : (**وإذا حجر بِحَالٍّ . . لم يَحِلَّ المؤجل في الأظهر**) عبر في « الروضة » بالمشهور[2] .

٢١٤٤ـ قول « التنبيه » فيمن عليه دين مؤجل [ص ١٠١] : (**فإن أراد السفر . . لم يمنع منه ، وقيل : يمنع من سفر الجهاد**) فيه أمور :

أحدها : يستثنىٰ من هـٰذا الوجه : ما إذا أتىٰ بكفيل . . فلا منع منه حينئذ .

ثانيها : أنه لا يختص بالجهاد ، بل كل سفر مخوف كالبحر كذلك في **الأصح** .

ثالثها : رجح الشيخ هـٰذا الوجه في قتال المشركين ؛ فإنه اعتبر الإذن في الجهاد ، وجعل التفصيل بين المؤجل وغيره وجهاً مرجوحاً .

وقد جُمع بين كلاميه : بأن الذي تكلم فيه في قتال المشركين الجهاد ، وهنا السفر ، وليسا شيئاً واحداً ، ولا متلازمين .

٢١٤٥ـ قوله : (**وإن كانت حالّةً وله مال يفي بها . . طولب بقضائها**)[3] ، قال في « الكفاية » : أفهم أن المعسر لا يمنع من السفر ، لكن قوله في قتال المشركين : (**ولا يجاهد من عليه دين إلا بإذن غريمه**)[4] يشمل سفر الجهاد مع الإعسار ، **والصحيح** في « أصل الروضة » : أنه لا يمنع ؛ إذ لا مطالبة في الحال[5] ، لكن في « الكفاية » : قال الأصحاب كما قال الماوردي : يمنع رجاء يساره[6] ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي » قوله[ص ٣٠٦] : (**كمنع السفر**) .

٢١٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٠] : (**وأَشْهِدَ علىٰ حجره**) أي : استحباباً ، كما صرح به « التنبيه »[7] .

---

(١) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ٩٤) .
(٢) الروضة (٤/١٢٨) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٠١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٢) .
(٥) الروضة (١٠/٢١٠) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/١٢١) .
(٧) التنبيه (ص ١٠١) .

٢١٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**فإذا حجر عليه . . لم ينفذ تصرفه في المال**) فيه أمور :

أحدها : أنه يتناول التصرف في الذمة ، ولا منع منه ؛ ولذلك قال في « الحاوي » [ص ٣٠٧] : (**لا في الذمة**) ، وهو أحسن من قول « المنهاج » [ص ٢٥٠] : (**فلو باع سلماً أو اشترىٰ في الذمة . . فالصحيح** : **صحته ، ويثبت في ذمته**) لتناوله البيع الوارد على الذمة وليس سلماً ، والقرض وإجارة الذمة ، بخلاف عبارة « المنهاج » ، وأيضاً : فتعبيره بالصحيح مردود ؛ لأن الخلاف قولان ، فينبغي أن يقول : (المشهور) .

ثانيها : أن ظاهر قوله : (**في المال**) إرادةُ المال الحاصل ، كما أشار إليه في « الكفاية » ، فيخرج ما حدث بعد الحجر باصطياد ووصية ونحوهما ، **والأصح** : تعدي الحجر إليه ، وقد ذكره « المنهاج »[١] ، لكن شرطه : أن يكون ملكه عليه مستقراً ؛ ليخرج ما لو وُهب له أبوه أو ابنه ، أو أُوصي له به ، فقبل الهبة وقبض ، أو قبل الوصية وهو محجور عليه بالفلس . . فإنه يعتق على المفلس وليس للغرماء تعلق به ، ونص الشافعي يشهد له ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٣٠٧] : (**حُجِرَ من تصرفٍ ماليٍّ مفوتٍ**) لصدق التصرف المالي على التصرف في الحادث ، ولكن يرد عليه : التدبير والوصية ؛ فإنه لا حجر عليه فيهما ، كما جزم به الرافعي والنووي هنا[٢] ، وقالا في (باب التدبير) : إن تدبيره كإعتاقه[٣] ، ومقتضىٰ ذلك : بطلانه ، فعلى الصحة ينبغي أن يزيد « الحاوي » : (في حال الحياة) ، ولم يذكر « المنهاج » لذلك ضابطاً ، وإنما قال : (**ولو باع أو وهب أو أعتق . . فالأظهر** : **بطلانه**) ، ثم قال : (**ويصح نكاحه وطلاقه وخلعه واقتصاصه وإسقاطه**)[٤] ففهم من الأمثلة منع التصرف المالي دون غيره ، فعبارة « التنبيه » و« الحاوي » من جهة ذكر الضابط أحسن لولا ما ورد عليهما ، ومراد « المنهاج » : خلع الزوج ، أما الزوجة أو الأجنبي : فلا ينفذ منهما .

واعلم : أن ظاهر كلامهم تعدي الحجر إلى الحادث ولو زاد ماله بالحادث على الديون ، وهو مشكل ، ويمكن حمله علىٰ ما إذا استمر على النقص اعتباراً بالابتداء .

ثالثها : أورد على « التنبيه » أيضاً : أنه يتناول الإقرار بمال في الذمة إذا أسنده لما قبل الحجر بمعاملة أو إتلاف ، أو لما بعد الحجر بإتلاف ، **والأصح** : القبول في حق الغرماء ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٥] ، لكن قوله عطفاً على المحجور فيه : (**وإقرارٍ بدينِ معاملةٍ**

---

(١) المنهاج (ص ٢٥١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٩) ، و« الروضة » (٤/١٣٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/٤١٦) ، و« الروضة » (١٢/١٩٢) .

(٤) المنهاج (ص ٢٥٠) .

(٥) الحاوي (ص ٣٠٧) ، المنهاج (ص ٢٥١) .

لاحقةٍ)[1] قد يخرج الإقرار بدين المعاملة مع الإطلاق ؛ أي : لا يبين تقدمها على الحجر ولا تأخرها عنه ، والإقرار بدين مطلق ؛ أي : لا يبين هل هو عن معاملة أو إتلاف ؟ مع أنهما داخلان في الحجر أيضاً ، فلا يقبل في حق الغرماء ، وقد ذكر الثانية « المنهاج » بقوله [ص ٢٥١] : (**وإن أسند وجوبه إلىٰ ما بعد الحجر بمعاملةٍ أو مطلقاً . . لم يُقبل في حقهم**) ، وقال الرافعي في الأولىٰ : **قياس المذهب** : تنزيله على الأقل ، وجعله كإسناده إلىٰ ما بعد الحجر[2] ، قال في « الروضة » : وهو ظاهر إن تعذرت المراجعة ، وإلا . . فينبغي أن يراجع . انتهىٰ[3] .

وهـٰذا البحث يجيء في الصورة الأخرىٰ ، فهما صورتان ؛ في « الروضة » واحدة ، وفي « المنهاج » أخرىٰ .

قال السبكي : ولو قال « المنهاج » : (**إن** أطلق أو **أسند** وجوبه إلىٰ معاملة بعد الحجر) . . لكان أحسن من العبارتين ؛ أي : لتناوله صورتي الإطلاق .

وقول « المنهاج » [ص ٢٥١] : (**وجب قبل الحجر**) أحسن من قول « الروضة » وأصلها : (لزم)[4] لتناوله ما وجب ، وتأخر لزومه إلىٰ ما بعده ؛ كثمن مبيع شرط فيه الخيار .

وفي قول « المنهاج » [ص ٢٥١] : (**وإن قال : عن جنايةٍ . . قبل في الأصح**) فيه نظر ؛ لتعبيره في « الروضة » بـ (المذهب)[5] ، **فالأحسن** : التعبير به أو بالأظهر ، وذكر في « الكفاية » أن « التنبيه » احترز بالتصرف في المال عن الإقرار بالمال ، وقال النشائي في « نكته » : إنه غلط ، قال : بل هو شامل له ؛ فإنه تصرف كما في الرافعي[6] .

قلت : وقد ذكر « التنبيه » إقرار المفلس بالمال في (باب الإقرار) ، وقال : (**فيه قولان ، أحدهما** : **يجوز** ، **والثاني** : **لا يجوز في الحال**)[7] ، وأشار بقوله : (**في الحال**) إلىٰ أن الخلاف في قبوله في حق الغرماء ، وقد عرفت أن **الأصح** : قبوله علىٰ ما فيه من التفصيل ، والله أعلم .

رابعها : أنه يتناول الرد بالعيب مع أن له ذلك إن كانت الغبطة في الرد ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[8] ، ومقتضىٰ عبارتهما : جواز الرد في هـٰذه الحالة دون لزومه ، وبه صرح القاضي حسين .

---

(١) الحاوي (ص ٣٠٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٠) .
(٣) الروضة (٤/ ١٣٢) .
(٤) فتح العزيز (٥/ ١٠) ، الروضة (٤/ ١٣٢) .
(٥) الروضة (٤/ ١٣٢) .
(٦) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ٩٤) .
(٧) التنبيه (ص ٢٧٤) .
(٨) الحاوي (ص ٣٠٧) ، المنهاج (ص ٢٥١) .

واستشكل : بأن من اشترىٰ في الصحة ثم مرض واطلع علىٰ عيب ، والغبطة في الرد فلم يرد . . فما نقصه العيب محسوب من الثلث ، فدل علىٰ أنه تفويت ، ومقتضاه : وجوب الرد في هـٰذه المسألة ، وتعبير « المنهاج » بقوله [ص ٢٥١] : (**وله أن يرد بالعيب ما كان اشتراه**) يوهم المنع فيما اشتراه بعد الحجر بثمن في الذمة ، وصححناه ، قال شيخنا الإسنوي : **والمتجه** : التسوية ، قال شيخنا ابن النقيب : بل الرد فيه أولىٰ ؛ ولعل سكوتهم عنه لذلك[1] .

قلت : ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » عطفاً على المحجور فيه [ص ٣٠٧] : (**ورد بعيبٍ بلا غبطةٍ**) لأنه لم يأت بعبارة تدل علىٰ تقييده بما إذا تقدم شراؤه .

واعلم : أنه يستفاد من عبارة « المنهاج » و« الحاوي » مسألة حسنة ليست في « الروضة » ، وهي منع الرد حيث لا غبطة في الرد ولا في الإمساك ، لكن في « المهمات » : أن المنقول في نظيره ـ وهو الرد بالخيار تفريعاً على اعتبار الغبطة فيه ـ : الجواز عند الاستواء ، ذكره في « النهاية » ، قال : إلا أن يفرق باستقرار الملك على المعيب دون زمن الخيار[2] .

خامسها : ويتناول أيضاً الرد بالخيار مع أنه له ذلك وإن لم يكن فيه غبطة ، وقد ذكره « الحاوي »[3] .

سادسها : يستثنىٰ من منع « التنبيه » و« الحاوي » التصرف المالي : الاستيلاد ؛ ففي « خلاصة الغزالي » : نفوذه[4] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ويظهر القطع به ؛ لأن حجر الفلس دائر بين حجر السفه والمرض ، وكلاهما ينفذ معه الاستيلاد حتىٰ تكون في مسألة المريض من رأس المال[5] .

سابعها : محله أيضاً : ما إذا كان المال له ، فإن لم يكن له ؛ كإعراضه عن نصيبه في الغنيمة قبل القسمة وقبل اختيار التملك . . فإنه ينفذ ، وكذا إذا أجاز ما فعل مورثه مما يحتاج إلى الإجازة . . فإنه ينفذ علىٰ قولنا : إنه تنفيذ ، **وهو الأصح** ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لم أر من تعرض لذلك ، قال : فينبغي أن يقال : في ماله .

ثامنها : يستثنىٰ من كلامهما أيضاً : طهارته بالماء الذي عنده ، وشربه منه ، وسكناه في بيته قبل بيعه ، ونحو ذلك لا سيما فيما إذا دخل وقت الصلاة عليه قبل حجر الفلس ، وقد تعين للطهارة ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني أيضاً ، وهو واضح ، والله أعلم .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٢٢) .
(٢) نهاية المطلب (٦/ ٣٧٥) .
(٣) الحاوي (ص ٣٠٧) .
(٤) الخلاصة (ص ٣٠٧) .
(٥) انظر « حاشية الرملي » (٤/ ٥٠٧) ، و« نهاية المحتاج » (٨/ ٤٢٩) .

٢١٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٠] : (**فلو باع ماله لغرمائه بِدَيْنِهِم . . بطل في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : قال شيخنا الإسنوي : صورة المسألة : أن يكون دينهم من نوع واحد ، وباعهم بلفظ واحد ، فإن ترتبوا . . فالبطلان واضح ، وإن وقع بلفظ واحد ، وتنوعت ديونهم . . فهو كما لو كان لهما عبدان لكل منهما عبد ، فباعاهما بثمن واحد ، **وأصح** القولين فيها : البطلان لمعنىً آخر .

ثانيهما : محله : إذا لم يأذن فيه القاضي ، فإن أذن فيه . . صح .

٢١٤٩ـ قوله تفريعاً علىٰ تعدي الحجر إلى الحادث بعده بالشراء إن صححناه عطفاً على الأصح : (**وأنه ليس لبائعه أن يفسخ ويتعلق بعين متاعه إن علم الحال ، وإن جهل . . فله ذلك**)[١] يوهم أن الجاهل يفسخ قطعاً ، والخلاف في العالم ، وليس كذلك ، بل الخلاف ثلاثة أوجه : الفسخ ، وعدمه ، والتفصيل ، **وهو الأصح** .

٢١٥٠ـ قوله : (**وأنه إذا لم يمكن التعلق بها . . لا يُزاحم الغرماء بالثمن**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : قال السبكي : عبارة « المحرر » : (وأنه إذا لم يكن له)[٣] ، فحذف المصنف (له) اختصاراً ، والتبس علىٰ بعض النساخ ، فكتب : (إذا لم يمكن)[٤] .

ثانيهما : أن عبارته توهم المزاحمة على الوجه المرجوح في جميع المال ، وكذا تقتضيه عبارة الرافعي تبعاً لـ« الوسيط » و« الوجيز »[٥] ، لكن صرح في « البسيط » تبعاً للإمام بأن المزاحمة في المبيع فقط[٦] ، وجعل ذلك السبكي خلافاً محققاً ، وفيه نظر ؛ **فالظاهر** : أن ذلك من خلل العبارة ، **والصواب** : **ما في** « البسيط » ، والله أعلم .

فصل

[بيع مال المفلس وقسمته وما يتعلق به]

٢١٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**يبادر القاضي بعد الحجر ببيع ماله**) فيه أمور :

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٥١) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٥١) .

(٣) المحرر (ص ١٧٤) .

(٤) قال الأذرعي : معنىٰ (يمكن) صحيح هنا ؛ ولعل نسخة المصنف بخطه (يكن) ، فغيّرها ابن عجوان أو غيره بـ (يمكن) لأنها أجود بمفردها علىٰ أنه لا حاجة لدعوى النقص كما هو ظاهر . انظر « نهاية المحتاج » (٤/ ٣٢٠) .

(٥) الوسيط (٤/ ١٠) ، الوجيز (١/ ٣٣٨) ، وانظر « فتح العزيز » (٥/ ١٣) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٣٩٨) .

أحدها : أنه لا يفهم منه أن ذلك واجب أو مستحب ، والذي في « الروضة » وأصلها تبعاً لـ« البسيط » أنه مستحب[1] ، لكن في « الوسيط » و« الوجيز » : (وعلى القاضي)[2] ، وهو يفهم الوجوب ، واختاره السبكي .

ثانيها : لا بد من التنبيه علىٰ أنه لا يفرط في المبادرة بحيث يقل الثمن .

ثالثها : لا بد في البيع من ثبوت كونه ملكه ، ذكره الماوردي وابن الرفعة[3] ، وحكى السبكي في ذلك وجهين ، **ورجح** : الاكتفاء باليد .

رابعها : أورد أن ظاهره بيع الجميع ، وإنما يبيع بقدر الدين ، وفيه نظر ؛ لأنه إنما يحجر إذا كان الدين زائداً علىٰ المال ، إلا أن يفرض ذلك فيما إذا كانت أمواله وقت الحجر أقل من ديونه ، ثم زادت أمواله بارتفاع الأسعار قبل البيع .

خامسها : لا يختص هٰذا الحكم بالمفلس ، بل كل مديون ممتنع يبيع القاضي عليه ، وقد ذكره « الحاوي » معه فقال [ص ٣٠٨] : (**ومال المديون الممتنع**) ، وكذا ذكره « التنبيه »[4] ، لكن غير المفلس لا يتعين فيه البيع ، بل القاضي مخير بينه وبين إكراهه على البيع ، كما في « الروضة » عن الأصحاب[5] ؛ ولذلك اقتصر « المنهاج » على المفلس ؛ لتعين ذلك فيه ، قال السبكي : والذي يظهر أن تخييره إنما هو عند طلب المدعي الحق من غير تعيين طريق ، فإن عينه.. تعين على القاضي ، وعزىٰ ذلك للقفال الكبير ، وفيه نظر ؛ فحق المدعي في خلاص حقه لا في تعيين طريق بعينها ، فينبغي أن تكون الخيرة في ذلك للحاكم ولو عين المدعي طريقاً كما هو مقتضىٰ إطلاقهم[6] .

سادسها : استثنى العبادي مما يباع : كتب العلم للعالم ، وفيه نظر .

٢١٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥١] : (**وَقَسْمِهِ بين الغرماء**) أي : بنسبة ديونهم ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي »[7] ، لكن المكاتب إذا حُجر عليه وعليه نجومٌ وأرشُ جنايةٍ ودينُ معاملةٍ.. **فالأصح** : تقديم دين المعاملة ثم الأرش ثم النجوم ، وقد تقدم أنه لا حجر بنجوم الكتابة ، وهٰذا بخلاف المديون إذا كان غير محجور عليه.. فيقسم كيف شاء ، هٰذا هو المنقول ، وقال السبكي :

---

(١) فتح العزيز (٥/١٨) ، الروضة (٤/١٤١) .

(٢) الوسيط (٤/١٤) ، الوجيز (١/٣٣٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٣٣٢) .

(٤) التنبيه (ص ١٠١) .

(٥) الروضة (٤/١٤١) .

(٦) انظر « مغني المحتاج » (٢/١٥١) .

(٧) التنبيه (ص ١٠١) ، الحاوي (ص ٣٠٨) .

وهو ظاهر بالنسبة إلىٰ صحة التصرف ، ولكن ينبغي إذا استووا وطالبوا وحقهم على الفور . . أن تجب التسوية[1] .

٢١٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥١] : (**ويُقَدِّم ما يُخاف فساده**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**ما يسرع إليه الفساد**) فقد يتهيأ بيع الحيوان قبل فساد ما يتسارع فساده . . فيقدم .

٢١٥٤ـ قولهما : (**ثم الحيوان**)[2] محله : إذا لم يكن في ماله ما تعلق الحق بعينه ؛ كمرهون وجان ومال قراض ، فإن كان . . قُدِّم بيعه بعد ما يُخشىٰ فساده ؛ فإن فضل منه شيء . . قسم ، أو بقي للمرتهن أو المقارض شيء . . ضارب به ، قال السبكي : **والأحسن** : تقديم ما تعلق به حق ، ثم ما لم يتعلق به ، ويقدم منهما ما يخاف فساده[3] .

٢١٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**ثم بالعقار**) يرد عليه سائر المنقول ، فيقدم بيعه على العقار ، وقد ذكره « المنهاج »[4] ، قالوا : وتُقدّم الثياب على النحاس ونحوه ، والبناء على الأراضي .

٢١٥٦ـ قول « الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**بحضوره**) أهمل حضور غرمائه أيضاً ، وقد ذكره « التنبيه » و« المنهاج »[5] ، وفي معنىٰ حضوره : حضور وكيله ، وقد ذكره « التنبيه »[6] ، وهو مستحب .

٢١٥٧ـ قولهما : (**كل شيء في سوقه**)[7] مستحب أيضاً ، ومحله كما قال الماوردي : إذا لم تكثر مؤنة نقله ، وإلا . . استدعىٰ أهل السوق إليه إن رآه مصلحة[8] .

٢١٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥١] : (**بثمن مثله ، حالاً ، من نقد البلد**) أي : وجوباً ، وعبارته توهم التسوية بين ذلك وبين البيع بحضوره كل شيء في سوقه ، وليس كذلك ؛ فالأولان مستحبان كما تقدم ، وهـٰذا واجب ، لكن لو رأى الحاكم المصلحة في البيع بمثل حقوقهم ـ أي : بنوعه ـ أو رضي المفلس والغرماء بغير نقد البلد أو بمؤجل . . جاز .

٢١٥٩ـ قوله : (**فيما إذا كان الدين غير جنس النقد ورضىٰ به الغريم . . جاز صرف النقد إليه إلا**

---

(١) انظر « مغني المحتاج » (٢/١٥٢) ، و« نهاية المحتاج » (٤/٣٢٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠١) ، و« المنهاج » (ص ٢٥١) .
(٣) قال الأذرعي : والظاهر أن الترتيب في غير ما يخاف فساده وغير الحيوان مندوب لا واجب . انظر « فتح الوهاب » (١/٣٤٤) .
(٤) المنهاج (ص ٢٥١) .
(٥) التنبيه (ص ١٠١) ، المنهاج (ص ٢٥١) .
(٦) التنبيه (ص ١٠١) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٠١) ، و« المنهاج » (ص ٢٥١) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٣١٦) .

في السلم)[1] في معناه : المنفعة في إجارة الذمة على الأصح ، وذلك لامتناع الاعتياض عنه .

وأورد شيخنا ابن النقيب عليه : النجوم ؛ فليس للسيد الاعتياض عنها في الأصح[2] ، ولا ترد ؛ لأن النجوم لا يحجر لأجلها ، فليست مرادة هنا ، والله أعلم .

٢١٦٠ـ قوله : (**ولا يسلم مبيعاً قبل قبض ثمنه**)[3] يفهم أنه لو فعل ذلك . . ضمن ؛ للمخالفة ، وبه صرح في « الروضة »[4] .

وقال السبكي : هـٰذا في الولي والوكيل والوصي والعدل ، أما الحاكم : فلم أر تصريحاً به ، قال : وينبغي إن اعتقده باجتهادٍ أو تقليد صحيح . . لا يضمن ، وإن فعله جهلاً أو معتقداً تحريمه . . ضمن وانعزل . انتهىٰ .

وفي قول السبكي : (لم أر تصريحاً بالحاكم) نظر ؛ لأن كلام « الروضة » هنا إنما هو في الحاكم ، وقد صرح بذلك شيخنا في « المهمات » فقال : قوله : (ثم لو خالف) يعني : الحاكم ، وكنت سمعت شيخنا الإمام البلقيني سُئل عن تسليم أمين الحكم المبيع على اليتيم قبل قبض ثمنه ؟ وأفتىٰ فيه بعدم الضمان ، وهما من وادٍ واحد .

٢١٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠١] و« الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**وقسم بين الغرماء**) قد يفهم أنه لا يقسم بينهم إلا بعد بيع الجميع ، وفي « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**وما قبض . . قسمه بين الغرماء إلا أن يَعْسُرَ لقلته فيؤخر ليجتمع**) ، وهـٰذا هو المعتمد ، ومع ذلك ففيه شيئان :

أحدهما : أن ذلك علىٰ طريق الاستحباب دون الوجوب ، فلو طلبوا قسمة ما يعسر . . قال الإمام والعراقيون : يجيبهم[5] ، واختاره السبكي ، وقال الرافعي : **الظاهر** : خلافه[6] .

ثانيهما : محل التأخير فيما عسرت قسمته لقلته : ما إذا كان لجماعة ، فإن كان الغريم واحداً . . سلمه إليه أولاً فأولاً ، ذكره في « الكفاية » ، وهو مفهوم من لفظ (القسمة) إذ لا قسمة علىٰ شخص واحد .

٢١٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**ولو خرج شيءٌ باعه قبل الحجر مستحقاً والثمن تالف . . فكدينٍ ظهر**) ينبغي أن يقول : (فدين ظهر) ، ولا معنىٰ لهـٰذه الكاف ؛ بل هي زائدة .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٢) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٢٦) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٢) .
(٤) الروضة (٤/١٤٢) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٦/٣٩١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/١٩) .

٢١٦٣ـ قوله : (**ويُنفق علىٰ من عليه نفقته**)[1] يتناول نفسه ؛ فهي مقدمة في النفقة علىٰ كل أحد ، فقول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**أنفق عليه وعلىٰ عياله**) زيادة إيضاح ، والمراد بعياله : **من عليه نفقته** ، وزاد ذلك « الحاوي » إيضاحاً بقوله [ص ٣٠٨] : (**ويُنفق عليه وعلىٰ من عليه مؤنته من الزوجة والقريب ، ويكسوهم بالمعروف**) .

واعلم : أنه يدخل في الأقارب ولدٌ تجدد بعد الحجر ، ولا يدخل في الزوجاتِ زوجةٌ نكحها بعده ، قاله الرافعي في (النكاح)[2] ، وهل ينفق على الزوجة كمعسر أم كموسر ؟ رجح النووي وابن الرفعة تبعاً للإمام : الأول ، والرافعي تبعاً للروياني : الثاني ؛ بعلة : أنه لو أنفق كمعسر . . لما أنفق على الأقارب[3] .

قال السبكي : وهو عَجَبٌ ؛ لأنهم ذكروا في اليسار المعتبر في نفقة الزوجة غير المعتبر في نفقة القريب ، فلا يلزم من انتفاء الأول انتفاء الثاني .

وبقي ممن عليه مؤنته : أمهات أولاده ، فلو لم يفصِّل « الحاوي » واقتصر على الإجمال . . لكان أولىٰ ؛ لكونه فاته بعض التفصيل كما علمت .

قال الإمام : وإذا لم يكن سوى المرهون . . لا ينفق عليه وعلىٰ عياله منه[4] .

قال ابن الرفعة : وغير المرهون مما تعلق به حق ؛ كالمبيع الذي لم يقبض ثمنه والجاني . . لم أر فيه نقلاً ، والقياس : أنه كالمرهون .

٢١٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**حتىٰ يُقَسَّم ماله**) عبر « الحاوي » عنه بقوله [ص ٣٠٨] : (**إلى الفراغ من بيع ماله**) و« التنبيه » بقوله [ص ١٠١] : (**إلىٰ أن ينفك الحجر**) والأمور الثلاثة متلازمة ، فإذا فرغ من بيع ماله . . قسم وفك حينئذ الحجر ، فالمراد بالعبارات المختلفة شيء واحد .

٢١٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**إلا أن يَسْتَغْنِيَ بكسب**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٠١] و« الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**إن لم يكن له كسبٌ**) فإنه قد يكون له كسب ولا يستغني به ؛ لكونه لم يجد من يستعمله ، فلو وجد ، فلم يعمل تقصيراً . . فمقتضىٰ عبارة « المنهاج » : الإنفاق من ماله أيضاً ؛ لصدق عدم الاستغناء بالكسب عند فوات العمل ، واختاره شيخنا الإسنوي ، وهو مقتضىٰ كلام ابن الرفعة في « المطلب » ، وإطلاق « التتمة » يقتضي أنه لا ينفق من ماله ، واختاره السبكي .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٩/٨) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (٤٠٩/٦) ، و« فتح العزيز » (٢٢/٥) ، و« الروضة » (١٤٥/٤) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (٤٠٩/٦) .

قال شيخنا ابن النقيب : ولو فُصِّل بين أن يتكرر ذلك منه ثلاث مرات فأكثر ، وبين أن يوجد منه مرة أو مرتين . . لم يبعد . انتهى[1] .

ولا بد من تقييد الكسب بكونه لائقاً به .

٢١٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**ويباع مسكنه وخادمه**) مفهوم من إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » بيع ماله[2] ، وقوله : (**على الأصح**)[3] ينبغي أن يقول : (على النص) فإنه منصوص ، ومقابله مخرج من الكفارة ، قال السبكي : اضطرب حكم السكن والخادم ؛ ففي الفلس : يباعان في **الأصح** ، وفي الكفارة : إن كانا لائقين به لزَمَانةٍ أو منصبٍ . . بُقِّيا ، وإلا . . فلا في **الأصح** ، ويباع النفيسان إن لم يُؤْلَفَا ، وفي الفطرة ونكاح الأمة : يُبقيان في **الأصح** ، وفي زكاة المال : لا يسلبان اسم الفقر ، وفي الحج : يبقيان لزمانةٍ أو منصبٍ ، ويبدّل النفيسان ، ونفقة القريب والزوجة وسراية العتق كالدين ، وفي العاقلة : يبقيان ، وفي ستر العورة : يبقيان وفاقاً لابن كج وخلافاً لابن القطان .

٢١٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**ويُترك له**) أي : لمن عليه نفقته من نفسه وعياله .

٢١٦٨ـ قوله : (**دَسْتُ ثوبٍ يليق به**)[4] أي : في حال إفلاسه دون يُسْرته ، قاله الإمام[5] ، ولو كان يلبس دون ما يليق به . . لم يرده عليه ، والمراد : أنه إن كان ذلك في ماله ، وإلا . . اشْتُرِي له ، وعبارة « الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**وترك دست ثوب لائق**) ، وفصّل ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٢] : (**وهو : قميصٌ وسراويل وعمامةٌ ومكعبٌ ، ويُزاد في الشتاء جُبَّة**) وفيه أمور :

أحدها : أن الرافعي ذكر بدل العمامة : المنديل ، ومراده : العمامة ، وأهل تلك البلاد يسمون العمامة منديلاً ، فعبر عنه النووي بالعبارة المشهورة فيه[6] .

ثانيها : زاد في « الروضة » مع المكعب : نعلاً[7] ، وليس ذلك في « المحرر » و« الشرح » ، **والظاهر** : أنهما شيء واحد .

ثالثها : بقي من التفصيل : أنه يترك له درّاعة فوق القميص وطيلسان وخف إن كان ذلك لائقاً به ، وللإمام في الخف والطيلسان احتمال[8] .

---

(١) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٣/ ٢٢٨) .
(٢) التنبيه (ص ١٠١) ، الحاوي (ص ٣٠٨) .
(٣) المنهاج (ص ٢٥٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٢) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤١٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٢٢) ، و« الروضة » (٤/ ١٤٥) .
(٧) الروضة (٤/ ١٤٥) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٠٩) .

رابعها : هٰذا في الرجل ، أما المفلسة أو زوجة المفلس أو قريبته : فتزاد المقنعة[1] وغيرها مما يليق بها .

٢١٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**ويُترك قوت يوم القسمة**) أي : وليلته ، كما صرح به البغوي ، وحكاه عنه النووي ، وارتضاه[2] ، زاد « الحاوي » : سكنىٰ يوم القسمة أيضاً[3] ، وقد ذكره الغزالي[4] ، قال في « الروضة » وأصلها : فاستمر علىٰ قياس النفقة ، لكن لم يتعرض له غيره[5] .

قلت : وجزم به الرافعي في (العتق) عند الكلام على السراية ، فقال : يصرف في السراية كل ما يباع ويصرف في الدين ، وذكر أنه يبقىٰ له سكنىٰ يوم[6] .

٢١٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**وليس عليه بعد القسمة أن يكتسب**) يستثنىٰ منه : ما إذا لزمه الدين بسبب هو عاص به . . فيجب عليه الكسب لوفائه ، حكاه ابن الصلاح في « فوائد الرحلة » عن محمد بن الفضل الفُراوي .

٢١٧١ـ قوله : (**والأصح : وجوب إجارة أم ولده وأرض موقوفة عليه**)[7] أحسن من قول « الحاوي » [ص٣٠٨] : (**ويُؤجرُ موقوفه ومستولدته**) لأمرين :

أحدهما : تصريحه بوجوب الإجارة ، ولا يؤخذ ذلك من « الحاوي » فعبارته تصدق بالجواز .

ثانيهما : أن عبارته توهم أن المراد : ما وقفه هو ، وإنما المراد : ما وقف عليه ، والإضافة في عبارته ؛ لكونه وقف عليه لا لكونه وقفه ، وهو خلاف المتبادر إلى الفهم ، وليس في عبارتهما بيان مدة الإجارة ، والمنقول : أنه يؤجر مرة بعد مرة إلىٰ فناء الدين .

قال الرافعي : وقضيته دوام الحجر إلىٰ فناء الدين ، وهو كالمستبعد[8] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ليس هٰذا مقتضاه ، وإنما مقتضاه أحد أمرين ؛ إما أن يفك الحجر بالكلية ، وإما أن يفك بالنسبة إلىٰ غير الموقوف والمستولدة ، ويبقىٰ فيهما كما ذكر الرافعي والنووي نظير ذلك فيما إذا اشترىٰ بثمن مؤجل ، وقلنا : لا يباع . انتهىٰ .

---

(١) **المقنعة** : ما تقنع به المرأة رأسها . انظر « مختار الصحاح » (ص ٢٣١) .
(٢) انظر « التهذيب » (٤/١٠٦) ، و« الروضة » (٤/١٤٥) .
(٣) الحاوي (ص ٣٠٨) .
(٤) انظر « الوجيز » (١/٣٣٨) .
(٥) الروضة (٤/١٤٦) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٣/٣١٥) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٢) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٤) .

ونبه شيخنا الإسنوي علىٰ أن تصريحهم بالإيجار إلىٰ فناء الدين صريح في أن ملك المنفعة لا يمنع الحجر وإن كان ماله معها زائداً على الدين[1] .

واعلم : أن اقتصار « التنبيه » علىٰ بيع ماله يفهم أنه لا يؤجر أم ولده والوقف عليه ، **ورجحه الإمام**[2] ، **والأصح** : خلافه ، ثم إنه لا اختصاص لهٰذه الأحكام بالمحجور عليه ، بل هي في كل مديون .

٢١٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**وإذا ادعىٰ أنه معسرٌ أو قَسَمَ ماله بين غرمائه وزعم أنه لا يملك غيره وأنكروا ؛ فإن لزمه الدين في معاملة مالٍ كشراءٍ أو قرضٍ . . فعليه البينة ، وإلا . . فَيُصَدَّق بيمينه في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : أنه قد يدخل في المعاملة الإجارة ، وليست منقولة ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الظاهر** : أن الأجرة إن لزمت بسبب السكن . . فهي كالصداق ، وإن حصل عقد إجارة . . فيحتمل أن يكون كذلك ، ويحتمل أن يقال : لا يقبل قوله ؛ لحصول اليسار بملك المنفعة ، ويرجح الأول ؛ بأن اليسار إنما يحصل بسبب أن يؤجر بأجرة ، ومن يدعي ذلك يحتاج إلى البينة .

ثانيها : اقتصر « التنبيه » و« الحاوي » على الصورة الأولىٰ ، وهي : دعوى الإعسار ، وفي الثانية إشكال ؛ إذ الفرض أنه قد وجد مال وقسم . . فكيف يحتاج إلىٰ بينة على الإعسار أو علىٰ هلاك مال المعاملة ؟ ولعل المال الذي قسم هو مال المعاملة ، فينبغي ألاَّ يحتاج إلى البينة إلا عند نقص المال الموجود عن مال المعاملة .

ثالثها : لا يتقيد الاحتياج إلى البينة بأن يلزم الدين في معاملة ، بل لو لزم في غير معاملة وعرف له مال قبل ذلك . . احتاج إلى البينة أيضاً ؛ ولهٰذا عبر « التنبيه » بقوله [ص ١٠١] : (**فإن كان قد عُرف له مال**) ، و« الحاوي » بقوله [ص ٣٠٨] : (**إن لم يُعهد ماله**) .

رابعها : قوله : (**فعليه البينة**) لم يفصح عما تقام عليه البينة ، والمتبادر إلى الفهم منه أن المراد : البينة بالإعسار في الصورة الأولىٰ ، وبأنه لا يملك غيره في الثانية ، وكذا صرح « التنبيه » و« الحاوي » بأن المعتبر : إقامة البينة على الإعسار[3] ، وفي معناها : بينة تلف المال ؛ فهي تغني عن بينة الإعسار ، بل هي آكد ؛ فإنه لا يحلف معها علىٰ أنه لا يملك غيره بلا خلاف ، كما صرح به الجرجاني في « المعاياة » وعلله : بأن فيه تكذيب البينة ؛ ولهٰذا قال في « الكفاية » : إن هٰذه الصورة مفهومة من طريق الأولىٰ ، قال النشائي في « نكته » : وفيه نظر ؛ فإن بينة الإعسار

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٣٠) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٠٧ ، ٤٠٨) .

(٣) التنبيه (ص ١٠١) ، المنهاج (ص ٣٠٨) .

أبلغ ، وإن كان يحتمل أن مستندها تلفه[1] .

٢١٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢] : (**وشرط شاهده : خبرة باطنه**) مراده : الجنس ؛ فإنه يشترط شاهدان ، فلو قال : (شاهديه) كما في « التنبيه »[2] . . لكان أحسن ، ثم إنه إنما تشترط الخبرة الباطنة في الشاهد بالإعسار ، أما الشاهد بتلف المال : فلا تشترط فيه الخبرة الباطنة ، وفي « الكفاية » : لا فرق في ذلك علىٰ ما حكاه الإمام بين أن تكون البينة معدلة أو لا .

قال السبكي : وهو غلط على الإمام لو استطعت . . لكشطته من « الكفاية » ، بل لا بد من بينة عادلة جزماً ، ولم يذكر الإمام غيره[3] ، وإذا كان يحبس ابتداء في الدين بشاهدين لم يعدلا على الأصح مدةً يظهر للقاضي الجرح والتعديل احتياطاً للحق وإن لم يثبت . . فلأن يستدام مع ثبوت الدين قبل ثبوت الإعسار أولىٰ .

٢١٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**فإن قال : حلفوه أنه لا مال له في الباطن . . حلف في أحد القولين**) ، **هو الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٠٨] : (**وحَلَّفه إن طُلِبَ**) وتقدم عن الجرجاني : أنه إنما يحلف من لم يقم بينة علىٰ تلف ماله ، فإن أقامها عليه . . لم يحلف بلا خلاف ؛ لأن فيه تكذيب البينة .

٢١٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٢، ٢٥٣] : (**وليقل : هو معسرٌ ، ولا يُمحّض النفي**) لا بد أن يقول مع ذلك : (لا يملك إلا قوت يومه وثياب بدنه) كما هو في « الروضة » وأصلها[4] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : هـٰذه الصفة ليست صحيحة ؛ لأمور :

منها : أن ملك قوت يومه قد يصير به موسراً إذا كان مستغنياً عنه بالكسب الذي يصرفه لجهات المؤنة من نفقة نفسه وغيره ، فلا يكتفي بالاستثناء مع الإبهام .

ومنها : أن ثياب بدنه قد تكون لائقة به وقد تكون زائدة علىٰ ما يليق به ، والذي يترك له إنما هو الذي يليق به ؛ فاستثناء ذلك علىٰ طريق الإبهام لا يكفي ، ثم اللبد والحصير القليل القيمة يترك أيضاً ، وليس من ثياب البدن .

ومنها : أنه قد يكون مالكاً لغير ذلك وهو معسر ؛ بأن يكون له مال غائب مسافة القصر فما فوقها ، فيصدق عليه أنه معسر ؛ بدليل : أن الزوجة تفسخ ، وتُعطىٰ من الزكاة ، كما ذكر في سهم ابن السبيل ، ومع ذلك لا يصدق أنه لا يملك غير قوت يومه وثياب بدنه ؛ إذ هو مالك لغيرهما ،

---

(١) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ٩٤) .

(٢) التنبيه (ص ١٠١) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٢١) .

(٤) الروضة (٤/ ١٣٨) .

لكن لا علىٰ وجه يصير به موسراً في هـٰذه الحالة .

ومنها : لو كان له دين مؤجل علىٰ شخص . . فهو مال ؛ بدليل : أنه **يحنث على الأصح** فيما إذا حلف لا مال له وله دين مؤجل ، ومع ذلك فلا يصير به موسراً حتىٰ لا يجب عليه الحج بسبب الدين المؤجل وقت الخروج ، وللزوجة أن تفسخ إلا أن يكونَ الأجل قريباً ، وذكر النووي تبعاً لأصله في (النفقات) : أنه ينبغي أن يضبط القرب بمدة إحضار المال الغائب فيما دون مسافة القصر[1] ، ومثل هـٰذا قد يتخيل هنا ، وقد يفرق ، ومثل الدين المؤجل الدين علىٰ معسرٍ أو جاحد ولا قدرة له علىٰ إثباته . . فهو مال ، ولا يصير به موسراً ، والمستولدة مال ، ولا يصير برقبتها موسراً ، فإذا كانت زَمِنة . . فلا منافع ، ولا يصير بها موسراً ، والعبد الآبق الذي لا يصل إليه ، ونحو ذلك كثير ، فهـٰذه الصفة ضيقت وأوقعت في محذور ، فالذي يعتبر في ذلك ـ والله أعلم ـ أن يقول : (أشهد أنه معسر عاجز العجز الشرعي عن وفاء شيء من هـٰذا الدين ، أو أشهد أنه معسر لا مال له يجب وفاء شيء من هـٰذا الدين منه) ، فإن لم يكن هناك دين ، بل المراد : ثبوت الإعسار من غير نظر إلىٰ خصوص دين . . فيقول : (أشهد أنه معسر الإعسار الذي تحرم معه المطالبة بشيء من الدين) . انتهىٰ كلام شيخنا رحمه الله[2] .

وقال في « المهمات » : ينبغي أن يضيف إلىٰ هـٰذا : ما يصرفه لسكنى اليوم ؛ فإنه مستثنىٰ أيضاً ، قال : وإذا كان مالكاً لما لا يتأتىٰ صرفه إلى الدين ؛ كالمغصوب والغائب . . فوجوده كعدمه ؛ ولهـٰذا جاز له أخذ الزكاة ، فتسمع إقامة بينة الإعسار ، ولا يتأتىٰ إقامتها بالصيغة المذكورة هنا ؛ لأنه مالك ، بل يتعين التعبير بالقدرة أو الوصول ونحوهما ، بل الغالب أن الشخص لا يعيش طول عمره من غير ظلامة تتعلق به ، فينبغي التعبير بما قلناه . انتهىٰ .

٢١٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**فيمن عرف له مال . . حبس**) فيه أمور :

أحدها : أنه يتناول الوالد لدين ولده، وهو داخل أيضاً في عموم مفهوم قول «المنهاج» [ص ٢٥٣] : (**وإذا ثبت إعساره . . لم يجز حبسه**) ، وبه صرح « الحاوي » فقال [ص ٣٠٨] : (**ولو لولده**) ، وهو الذي **صححه** الغزالي[3] ، لكن **الأصح** في «التهذيب» وغيره : خلافه ، كما في « الروضة » و«الشرحين» هنا[4] ، وأطلق في « الروضة » في (الشهادات) تصحيحه[5] ، وحكاه الإمام عن المعظم[6] .

---

(١) الروضة (٩/ ٧٣) .
(٢) انظر « نهاية المحتاج » (٤/ ٣٣٣) .
(٣) انظر « الوجيز » (١/ ٣٣٩) .
(٤) التهذيب (٤/ ١١٧) ، فتح العزيز (٥/ ٢٩) ، الروضة (٤/ ١٣٩) .
(٥) الروضة (١١/ ٢٣٧) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٩/ ٨٧) .

ثانيها : ظاهر قول « التنبيه » [ص ١٠١] : (**حبس إلىٰ أن يقيم البينة علىٰ إعساره**) أنه لا فرق في ذلك بين الغريب وغيره ، لكن في « المنهاج » و« الحاوي » : (**إن الغريب العاجز عن بينة الإعسار . . يوكل القاضي به من يبحث عن حاله ، فإذا غلب علىٰ ظنه إعساره . . شهد به**)[١] ، فإن كان مرادهما : فعل ذلك معه وهو في الحبس ـ وهو الذي تقتضيه عبارة « الروضة » وأصلها ـ . فلا فرق حينئذ بين الغريب وغيره ، وكلام « التنبيه » علىٰ إطلاقه ، وإن كان المراد : فعل ذلك معه قبل الحبس . . فيستثنىٰ ذلك من عبارة « التنبيه » ، والله أعلم .

ثالثها : يستثنىٰ من الحبس : من وقعت الإجارة علىٰ عينه . . فيقدم حق المستأجر كما ذكره الغزالي في « فتاويه » ، كما يقدم حق المرتهن لا سيما والعمل مقصود بالاستحقاق ، والحبس لا يستحق في نفسه ، وإنما يتوصل به إلىٰ غيره[٢] ، وهذ إن صح وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً ، قال السبكي في « شرح المهذب » : وهو غريب لم أره لغيره ، ولكنه فقه جيد ، وعلىٰ قياسه لو استعدىٰ علىٰ من وقعت الإجارة علىٰ عينه ، وكان حضوره لمجلس الحكم يُعطل حق المستأجر . . ينبغي ألاَّ يحضر ، ولا يعترض باتفاق الأصحاب علىٰ إحضار المرأة البرزة[٣] وإن كانت ذات زوج وحبسها ؛ لأن للإجارة أمداً ينتظر[٤] .

رابعها : يستثنىٰ من كلامهم أيضاً : نجوم الكتابة ، فلا حبس بها ، كما ذكره الرافعي في آخر (أدب القضاء)[٥] ، وهو واضح .

خامسها : قال الأصحاب : إن لم ينزجر بالحبس . . زاد في تعزيره بما يراه من الضرب وغيره[٦] ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٠٩] : (**وضرب بالعناد**) ، وفي « أدب القضاء » لشريح الروياني وجهان في تقييد المحبوس إذا كان لجوجاً صبوراً على الحبس .

٢١٧٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٠٨] : (**وينفك بالقاضي**) **صحح** القاضي حسين : أنه ينفك بنفسه ، **ورجحه** شيخنا الإمام البلقيني أيضاً فقال : إنه الصواب ، قال : ويوافقه نصه في « الأم » حيث قال : وليس بمحجور عليه بعد الحجر الأول وبيع المال ؛ لأنه لم يحجر عليه لسفهٍ ، إنما حجر في وقتٍ لبيع ماله ، فإذا مضىٰ . . فهو علىٰ غير الحجر . انتهىٰ[٧] .

---

(١) الحاوي (ص ٣٠٨) ، المنهاج (ص ٢٥٣) .
(٢) فتاوى الغزالي (ص ٦٤) مسألة (٩٦) .
(٣) قال الزبيري : **البرزة من النساء** : التىٰ ليست بالمتزايلة ، التي تزايلك بوجهها تستره عنك وتنكب إلى الأرض . انظر « لسان العرب » (٥/٣١٠) .
(٤) انظر « مغني المحتاج » (٤/٤١٥) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٤٨٦) .
(٦) انظر « الروضة » (٤/١٣٧) .
(٧) الأم (٣/٢٠٧) .

وهو مفهوم من سكوت « التنبيه » و« المنهاج » عنه ، واقتصارهما على البيع والقسمة .

فَصْلٌ

[في رجوع نحو بائع المفلس عليه بما باعه له قبل الحجر ولم يقبض عوضه]

٢١٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] : (**من باع ولم يقبض الثمن حتىٰ حُجر على المشتري بالفلس . . فله فسخ البيع واسترداد المبيع**) فيه أمور :

أحدها : أن قوله : (**ولم يقبض الثمن**) أي : جميعه ، وذلك صادق بألاَّ يقبض منه شيئاً وبأن يقبض بعضه . . فله الفسخ أيضاً **على الجديد** كما ذكره بعد ذلك[1] ، لكن في البعض فقط بالنسبة ، وينبَّهُ علىٰ مثل ذلك في قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**وإن كان فيهم من له عين مال باعها منه . . فهو بالخيار بين أن يضرب مع الغرماء ، وبين أن يفسخ البيع ويرجع فيها**) فإنه وإن لم يصرح بأنه لم يقبض الثمن ، لكن ذكره البائع مع الغرماء يقتضي أن له ديناً ، وذلك صادق بجميع الثمن وببعضه ، إلا أن قوله : (**ويرجع فيها**) وقول « المنهاج » : (**واسترداد المبيع**) يقتضي أنه لم يقبض شيئاً من الثمن ، وقد صرح « الحاوي » بمسألة قبض البعض بقوله [ص ٣٠٩] : (**بحصة غير مقبوض**) .

ثانيها : قوله : (**حتىٰ حجر**) يقتضي اختصاص ذلك بالمبيع قبل الحجر دون ما اشتراه بعده ، لكن **الأصح** فيه : جواز الفسخ أيضاً مع الجهل بالحال ، وقد ذكره « المنهاج » قبل ذلك[2] ، وصرح به « الحاوي » هنا بقوله [ص ٣٠٩] : (**لا حال الحجر بالعلم**) ، وهـٰذا وارد علىٰ ظاهر كلام « التنبيه » أيضاً ؛ لأن قوله : (**وإن كان فيهم**) أي : في الغرماء المتقدم ذكرهم ، وهم الذين حصل الحجر بسؤالهم ، فلا يدخل في ذلك غريم تجدد بعد الحجر .

ثالثها : قد يقال : لِمَ لَمْ يقتصر « التنبيه » و« المنهاج » على الفسخ ، وأيّ حاجة إلىٰ ذكر استرداد المبيع ؟

وجوابه : ما ذكره السبكي : أن الفسخ وارد على العقد ، ويتبعه الاسترداد ؛ فلذلك جمع بينهما ، وفي الرد بالعيب يعتمد المردود .

ويختص « التنبيه » بإيرادات :

أحدها : أن للفسخ شروطاً لم يتعرض منها لسوىٰ واحد ، **منها** : كون الثمن حالاً ، **ومنها** : كون **المبيع** باقياً في ملك **المشتري** ، وقد ذكرهما « المنهاج » ، واقتصر « الحاوي » **على الأول**[3] ،

---

(١) المنهاج (ص ٢٥٤) .

(٢) المنهاج (ص ٢٥١) .

(٣) الحاوي (ص ٣٠٩) ، المنهاج (ص ٢٥٣) .

والجواب عن الثاني : أنه مفهوم من اشتراط عدم تعلق حق لازم به ؛ لأنه إذا امتنع الرجوع لتعلق حق مع كونه في ملكه . . فأولىٰ إذا خرج عن ملكه ، **ومنها** : أن يكون الراجع من أهل تملكها ، وسنتكلم عليه .

ثانيها : أنه خص ذلك بالبيع مع أن له الرجوع في سائر المعاوضات ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، وسنتكلم عليه .

ثالثها : ظاهر كلامه : أن هـٰذا الخيار على التراخي ، **والأصح** : أنه على الفور ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٢١٧٩ـ قول « الحاوي » [ص ٣٠٩] : (**بفسختُ البيع ونقضته ورفعته**) فيه أمران :

أحدهما : أنه لو عبّر بـ (أو) كما في « الروضة »[3] . . لكان أولىٰ من الواو .

ثانيهما : أنه لا تنحصر صيغة الفسخ فيما ذكره ، فلو قال : (رددت الثمن أو فسخت البيع فيه) . . حصل الفسخ **على الأصح** ، فـ (فسخت البيع فقط) كاف قطعاً ، وبزيادة : (في الثمن) مختلف فيه .

٢١٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] : (**وله الرجوع في سائر المعاوضات**) لا بد من تقييد المعاوضة بكونها محضة ، كما في « الحاوي »[4] ، فلا يثبت للزوج إذا خالع استرداد البضع ، ولا للمصالح عن دم العمد استيفاء النفس .

واعلم : أن من المعاوضة المحضة الإجارة ، وقال في « المهمات » : الإجارات المعتادة الآن ـ وهي التي يستحق فيها أجرة كل شهر عند انقضائه ـ لا فسخ فيها ؛ لأن الفسخ من شرطه : أن يكون العوض حالاً والمعوض باقياً ، فلا يتأتى الفسخ قبل الشهر ؛ لعدم المطالبة بالأجرة ، ولا بعده ؛ لأن منفعته قد فاتت ، فهي كالمبيع يتلف ، وهـٰكذا العمل في كل شهر ، وحينئذ . . فلا يتصور فيها الفسخ ، وإنما يتصور إذا كانت الأجرة كلها حالة ، نبه عليه مع وضوحه ابن الصلاح في «فتاويه»[5] .

قلت : يتصور مع كون الأجرة ليست كلها حالة ؛ بأن تكون مقسطة ، لكن لم يجعل كل قسط في مقابلة جزءٍ من المدة ، بل جعلت أجرة السنة مثلاً علىٰ قسطين ؛ أحدهما بعد مضي ستة أشهر والآخر سلخ السنة ، ولم يجعل القسط الأول في مقابلة الأشهر الستة الأولىٰ ، ولا الثاني في مقابلة

---

(١) الحاوي (ص ٣٠٩) ، المنهاج (ص ٢٥٣) .
(٢) الحاوي (ص ٣٠٩) ، المنهاج (ص ٢٥٣) .
(٣) الروضة (٤/١٤٨) .
(٤) الحاوي (ص ٣٠٩) .
(٥) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٤٣) مسألة (٢٣٧) .

الثانية ، فإذا حجر على المستأجر بعد حلول القسط الأول وقد بقي من المدة ستة أشهر . . فله أن يفسخ منها بقدر ما يقابل الحال ـ وهو نصفها ـ وليس له الفسخ في جميعها ؛ لأن الأجرة التي حلت والتي لم تحل كلاهما في مقابلة ما مضىٰ وما بقي ، فلا يمكن الفسخ فيما بقي مما تقابله الأجرة التي لم تحل إلى الآن ، وإنما يفسخ فيما يقابل الحال خاصة ، والله أعلم[(١)] .

٢١٨١ـ وقول «المنهاج» [ص ٢٥٣]: (**كالبيع**)، قال السبكي : نبه به علىٰ أنه بالقياس لا بالنص، وعلىٰ أن الأحكام التي ذكرها في البيع تجري فيها ، وذلك زيادة علىٰ مقتضىٰ ما في « المحرر » فإنه قال : (ولا يختص الرجوع بالمبيع ، بل يثبت في سائر المعاوضات)[(٢)] ، وقال غيره : قوله : (**كالبيع**) أي : بما شرطناه من كونه سابقاً على الحجر ، وبما سيأتي من الشروط أيضاً[(٣)] .

٢١٨٢ـ قوله : (**وله شروط** ؛ منها : **كون الثمن حالاً**)[(٤)] قد يفهم اعتبار حلوله من الأصل ، وليس كذلك ، بل لو كان مؤجلاً فحل قبل الحجر . . رجع فيه **في الأصح** ، وكذا لو حل بعده **على الأصح** في « الشرح الصغير » ولهـٰذا عبر « الحاوي » بقوله [ص ٣٠٩] : (حل **ولو بعده**) .

٢١٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] و« الحاوي » [ص ٣٠٩] : (**وأن يتعذر حصوله بالإفلاس**) خرج به تعذره بانقطاع جنسه . . فلا فسخ إن جوزنا الاستبدال عن الثمن ، وإلا . . ففيه الخلاف في انقطاع المسلم فيه ، كذا في « الروضة » وأصلها[(٥)] ، وقال في « المهمات » : منع الفسخ مشكل لا يوافق القواعد ؛ فإن المعقود عليه إذا فات . . جاز الفسخ ؛ لفوات المقصود منه ، وقد جزم به الرافعي في فوات المبيع[(٦)] ، وإذا جاز الفسخ لفوات عينه مع إمكان الرجوع إلىٰ جنسه ونوعه . . فبطريق الأولىٰ عند فوات الجنس ، قال : ومنقول الأصحاب في هـٰذه المسألة لا يوافق المذكور في الرافعي ، ثم أوضح ذلك .

٢١٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٠٩] : (**ولو قال الغرماء** : « **لا تفسخ ونُقدّمك بالثمن** » . . **فله الفسخ**) كذا صححه في « الروضة » هنا[(٧)] ، لكنه جزم بمقابله في آخر فرع في الباب[(٨)] .

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٢/١٩٦) .

(٢) المحرر (ص ١٧٦) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٣٣) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٣٥) .

(٥) فتح العزيز (٥/٣٢) ، الروضة (٤/١٤٩) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٤/٢٨٨ ، ٢٨٩) .

(٧) الروضة (٤/١٤٨) .

(٨) الروضة (٤/١٧٥) .

٢١٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] : (**وكون المبيع باقياً في ملك المشتري**) فيه أمران :

أحدهما : أن المتبادر إلى الفهم منه أن يكون لم يخرج عن ملكه أصلاً ، فلو زال ملكه عنه ثم عاد إليه قبل الحجر .. لم يكن له الرجوع ، وهو الذي **صححه** النووي في « الروضة » كما هو **المصحح** في الهبة للولد[١] ، لكن الذي **صححه** الرافعي في « الشرح الصغير » : الرجوع ، وهو مقتضىٰ كلامه في « الكبير » فإنه شبهه بمثله في الرد بالعيب[٢] ، **والمصحح** في تلك : جواز الرد ، ومقتضاه هنا : جواز الرجوع ، **والمصحح** في « المنهاج » في نظيره من الصداق : جواز الرجوع[٣] ، وعلىٰ ذلك مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٠٩ ، ٣١٠] : (**إن كان في ملكه ولو بالعود**) .

ثانيهما : يستثنىٰ من اعتبار هـٰذا الشرط مسائل :

منها : ما لو باعه وحجر عليه في زمن الخيار .. فإنه يجوز الرجوع ، ولو قلنا : بزوال ملكه كما يجوز للمفلس ، قاله الماوردي[٤] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : ويلزم عليه ما إذا باعه المشتري لآخر بثمن ثم أفلسا وحجر عليهما .. أن للبائع الأول الرجوع ، ولا بُعْدَ في التزامه[٥] .

ومنها : لو أقرض المشتري العين المشتراة لشخص وأقبضه إياها .. فللبائع استرجاعها من يد المقترض ، كما كان للمشتري بعد قرضه وإقباضه ، ذكره الماوردي أيضاً[٦] .

ومنها : لو وهب المشتري العين المشتراة لولده وأقبضه إياها ، ثم أفلس .. فللبائع استرجاعها من يد الولد ، كما لوالده استرجاعها منه ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني تخريجاً على الفرع المتقدم ، قال : ويدل علىٰ صحة هـٰذا : أنه لو وهب لأجنبي ولم يقبضه .. كان للبائع الرجوع ، صرح به الماوردي[٧] .

قلت : في هـٰذه الصورة لم يملك الموهوب له تلك العين ، ولم يخرج عن ملك المشتري بحال ، والله أعلم .

٢١٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] : (**فلو فات أو كاتب العبد .. فلا رجوع**) وكذا لو كاتب

---

(١) الروضة (٤/١٥٦) .

(٢) فتح العزيز (٥/٤١) .

(٣) المنهاج (ص ٤٠١) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٢٧١) .

(٥) انظر « مغني المحتاج » (٢/١٦٠) ، و« نهاية المحتاج » (٤/٣٤١) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٢٧١) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٢٧١) .

الأمة أو بعضهما ، وكذا الاستيلاد كما في « الروضة » وأصلها[١] ، ووقع في « فتاوى النووي » : أنه يرجع[٢] ، وهو غلط من الناقل عنه ؛ فإنه ذكر في « تصحيحه » : أنه لا خلاف في عدم الرجوع في الاستيلاد[٣] .

٢١٨٧ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : **(ولا يمنع التزويج)**[٤] قال شيخنا الإسنوي : لا حاجة لهـٰذه المسألة ؛ لأنه عيب في العبد والأمة ، وهو مذكور بعده .

تَنْبِيهٌ

[بقية شروط الرجوع]

بقي للرجوع شروط أهملها « المنهاج » :

أحدها : ألاَّ يتعلق به حق لازم لثالث ؛ كشفعة ورهن وجناية ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي »[٥] ، ولكن لا بد من تقييد الرهن بكونه مقبوضاً ، فله الرجوع قبل القبض ، كما صرح به الماوردي[٦] ، وإذا زال التعلق . . جاز الرجوع .

ثانيها : أن يكون الراجع من أهل تملكها ، فلو كان مُحْرِماً والمبيع صيد . . **فالأصح** : المنع ، قال شيخنا الإمام البلقيني : فلو حل من إحرامه . . **فقياس الفقه** : أن يرجع .

قلت : لا شك فيه ما لم يُبَعْ لحق الغرماء ، وعبارة النووي في « تصحيحه » : (لم يرجع ما دام مُحْرِماً)[٧] ، وهي تقتضي ذلك ، ويشكل علىٰ هـٰذا الفرع : أن في « الروضة » عن المحاملي : جواز رجوع الكافر فيما إذا كان المبيع عبداً مسلماً[٨] ، لكن منع مجلي الرجوع هنا كالمسألة المتقدمة ، وهو الحق ، ورأى ابن الرفعة تخريجه على الرد بالعيب ، وهـٰذا وارد أيضاً على « التنبيه » و« الحاوي » .

ثالثها : ألاَّ يضمن المشتري بالثمن ضامن ، فإن ضمنه به ضامن بإذنه . . فلا فسخ ، أو بغير إذنه . . فوجهان ، وقد لا يرد هـٰذا على « المنهاج » و« الحاوي » لاعتبارهما تعذره بالإفلاس ،

---

(١) الروضة (٤/ ١٥٥) .
(٢) فتاوى النووي (ص ١٠٣) مسألة (١٥٨) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣١٧) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٣١٠) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٣) .
(٥) التنبيه (ص ١٠٢) ، الحاوي (ص ٣١٠) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٢٧١) .
(٧) تصحيح التنبيه (١/ ٣١٨) .
(٨) الروضة (٣/ ٣٤٨) .

وهٰذا لم يتعذر ؛ لحصوله من جهة الضامن ، وهو وارد على « التنبيه » قطعاً ، ولو مات المفلس وقال وارثه : أؤدي من مالي.. ففيه وجهان ، الذي في « التتمة » منهما : منع الرجوع ، فإن ترجح ما في « التتمة ».. فهٰذا شرط لم يتعرضوا له ، وهو : عدم أداء الوارث من ماله فيما إذا مات المشتري مفلساً .

٢١٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٣] : (**وجناية المشتري كآفةٍ في الأصح**) كان ينبغي أن يقول : (على الأظهر) أو (المذهب) فإن في « الروضة » طريقين : **أصحهما** عند الإمام : أنه كالأجنبي ، وقطع البغوي وغيره بأنه كجناية البائع على المبيع قبل القبض ، ففي قول : كالأجنبي ، **وعلى الأظهر** : كالآفة ، قال النووي : **المذهب** : كالآفة . انتهى[١] .

فإن اقتصر علىٰ طريقة البغوي.. عبر بـ (الأظهر) ، أو أراد حكاية الطريقين.. عبر بـ (المذهب) .

٢١٨٩ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ولو تلف أحد العبدين ثم أفلس.. أخذ الباقي وضارب بحصة التالف**)[٢] يفهم أنه ليس له الفسخ في البعض مع بقاء الجميع ، وليس كذلك ، بل له ذلك كرجوع الأب في البعض ، ولا يبالىٰ بتفريق الصفقة هنا ؛ لأن مال المفلس لا يُقتنىٰ ، بل يباع كله .

٢١٩٠ـ قول « المنهاج » في تمثيل الزيادة المتصلة التي يفوز بها البائع [ص ٢٥٤] : (**كالسمن والصنعة**) كذا في « الروضة » وأصلها هنا[٣] ، لكن في « الروضة » وأصلها بعد ذلك في الكلام على الضرب الثاني في الصفة : **أن تعلّم العبد** القرآن والحرفة.. قيل : **كالسمن** ، **والأصح** : أنها من صور القولين[٤] ؛ يعني : الآتيين في الطحن والقصارة ، وقال شيخنا في « المهمات » : إن العمدة عليه .

٢١٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**وإن زاد زيادة متميزة ؛ كالولد والثمرة.. رجع فيها دون الزيادة**) قد يفهم جواز التفريق بين الجارية وولدها مع صِغَره بالرجوع بالفلس ، وهو وجه حكاه جماعة ، ولم يستحضره الرافعي ، فقال : لم يحكوه هنا ، **والأصح** : أنه إن بذل البائع قيمته.. أخذه مع أمه ، وإلا.. بيعا معاً ، واختص بحصة الأم من الثمن[٥] ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي » ، لكن تعبير « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٤] : (**وتصرف إليه حصة الأم**) أحسن من قول

---

(١) الروضة (٤/١٥٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (٦/٣١٧) ، و« التهذيب » (٤/٨٨) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٣١٠) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٤) .
(٣) الروضة (٤/١٥٩) .
(٤) الروضة (٤/١٧٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٦) .

« الحاوي » [ص ٣٠٩] : (**وخُصَّ بقيمة الأم**) ، وقول « المنهاج » [ص ٢٥٤] : (**وقيل : لا رجوع**) أي : إن لم يبذل البائع القيمة ، فإن بذلها . . أخذه جزماً ، ولا يأتي هـٰذا الوجه[١] .

٢١٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**وإن كانت الزيادة طلعاً غير مؤبر . . ففيه قولان ، أحدهما : يرجع ، والثاني : لا يرجع**) **أظهرهما** : الرجوع ، وعليه يدل كلام « المنهاج » و« الحاوي »[٢] .

٢١٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٠٩] : (**ولو كانت حاملاً عند الرجوع دون البيع أو عكسه . . فالأصح : تعدي الرجوع إلى الولد**) عبر في « الروضة » بـ (**الأظهر**)[٣] ، ومدرك الخلاف البناء علىٰ أن الحمل هل يعلم أم لا ؟ وحينئذ . . فالتصحيح في المسألة الأولىٰ مشكل ، وكذا هو مصحح في « التنبيه » ، وقياس تصحيح أن الحمل يعلم : تصحيح عدم الرجوع كما صححوه في نظائره من الرد بالعيب والرهن ورجوع الوالد في الهبة من أن الحمل لا يتبع ، لكنهم نظروا هنا إلىٰ أنه زيادة متصلة[٤] .

٢١٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٤] : (**واستتار الثمر بكِمَامِهِ وظهوره بالتأبير قريبٌ من استتار الجنين وانفصاله ، وأولىٰ بتعدي الرجوع**) أي : فتجيء فيه الأحوال الأربعة المذكورة في الجنين ، لكن هنا طريقة جازمة باستقلال الثمرة حتىٰ تكون للبائع قطعاً إذا كانت غير مؤبرة عند الرجوع ، وللمشتري قطعاً في عكسه ؛ لأنها وإن كانت مستترة . . فهي مشاهدة تفرد بالبيع ، وعبر عن ذلك في « الوجيز » بقوله : (وأولىٰ بالاستقلال) ، قال الرافعي : أشار به إلىٰ طريقة القطع تارة بالإثبات وتارة بالنفي[٥] ، فقول « المنهاج » تبعاً لأصله : (**وأولىٰ بتعدي الرجوع**)[٦] معترض في مسألة العكس ؛ فإنها أولىٰ بعدم تعدي الرجوع[٧] .

٢١٩٥ـ قول « المنهاج » ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » فيما لو غرس أو بنىٰ : (**له أن يرجع ويتملك الغراس والبناء بقيمته ، وله أن يقلعه ويغرم أرش نقصه**)[٨] كذا صححه في « الروضة »[٩] ، وهو نظير تصحيحه في « الروضة » في (العارية)[١٠] ، وسيأتي في « المنهاج » في (العارية)

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٣٨) .
(٢) الحاوي (ص ٣٠٩) ، المنهاج (ص ٢٥٤) .
(٣) الروضة (٤/١٦٠) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٣٨) .
(٥) الوجيز (١/٣٤٢) ، وانظر « فتح العزيز » (٥/٤٩) .
(٦) المحرر (ص ١٧٧) ، المنهاج (ص ٢٥٤) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٣٩) .
(٨) الحاوي (ص ٣١١) ، المنهاج (ص ٢٥٤) .
(٩) الروضة (٤/١٦٧) .
(١٠) الروضة (٤/٤٣٨) .

تصحيح التخيير بين التبقية بأجرة والقلع وضمان أرش النقص[1] ، وفي « الحاوي » التخيير بين الثلاثة[2] ، وسنبسط هناك ما وقع في ذلك من الاضطراب في الأبواب إن شاء الله تعالىٰ .

واعلم : أن عبارة « المحرر » و« الشرحين » و« الروضة » هنا : (له أن يرجع علىٰ أن يتملك) بصيغة الشرط[3] ، فينظر هل بينهما وبين عبارة « المنهاج » و« الحاوي » تفاوت في المعنىٰ أم لا ؟

٢١٩٦ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٠] : (**وتُرِكَ زَرْعُهُ**) أي : إلىٰ أوان الحصاد إذا أجره أرضاً لزراعة ، ومحله : إذا لم يتفق الغرماء والمفلس على القطع قبل أوانه ، فإن اتفقوا عليه.. قطع ، وإن اختلفوا فيه ؛ فإن كان للمقطوع قيمة.. أجيب من يدعو إلى القطع ، وإلا.. فمن يدعو إلى الإبقاء ، نبه عليه الرافعي[4] .

قال في « التعليقة » : وإنما لم يتعرض « الحاوي » للقطع عند المصلحه ؛ لأن المرعيّ مصلحة المفلس والغرماء .

٢١٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**أو خلطه بما هو أجود منه**) لا بد من تقييد ذلك بكونه مثلياً ، وإلا.. فلا يؤثر الخلط فيه شيئاً ، وقول « المنهاج » [ص ٢٥٤] : (**وإن كان المبيع حنطة**) و« الحاوي » [ص ٣١٠] : (**وخُلِطَ الزيت**) مثالان ، **فالضابط** : كونه مثلياً كما تقدم .

ويستثنىٰ من ذلك : ما لو قل الخليط جداً.. فقال الإمام : **الوجه** : القطع بالرجوع إن كان القليل للمشتري ، وبعدمه إن كان للبائع[5] .

٢١٩٨ـ قول « المنهاج » فيما لو طحنها أو قَصَّرَ الثوب [ص ٢٥٤] : (**وإن زادت ـ أي : القيمة ـ.. فالأظهر : أنه يباع وللمفلس من ثمنه بنسبة ما زاد**) ، قد يفهم أن البائع لو أراد أخذه ودفع حصة الزيادة للمفلس.. لم يمكن من ذلك ، **والأصح في** « الروضة » هنا من زيادته : أن له ذلك[6] ، **وصححه الرافعي** أيضاً بعد ذلك[7] ، فكان ينبغي أن يقول كما في « المحرر » : (**أصح القولين** : أن المفلس شريك فيه ، فيباع)[8] ، وكذا في « الحاوي » [ص ٣١١] : (**فشريك بالزائد**) ، فحاصل ذلك أن محط **الأظهر** : الشركة ، والبيع أحد فرعيه قطعاً ، والفرع الآخر : إمساك البائع له ودفع

---

(١) المنهاج (ص ٢٨٨) .
(٢) الحاوي (ص ٣٤٩) .
(٣) المحرر (ص ١٧٧) ، فتح العزيز (٥/ ٥٤) ، الروضة (٤/ ١٦٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٦) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٣٥٨) .
(٦) الروضة (٤/ ١٧١) .
(٧) فتح العزيز (٥/ ٦٠ ، ٦٣) .
(٨) المحرر (ص ١٧٨) .

حصة الزيادة ، ويوافق ذلك أيضاً قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**رجع في العين ، وكانت الزيادة للمشتري**) ، فهي دالة على الشركة كما تقدم ، والله أعلم .

٢١٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣١١] : (**ولو صبغه بصبغِهِ ؛ فإن زادت القيمة قدر قيمة الصبغ . . رجع ، والمفلس شريك بالصبغ**) فيه أمران :

أحدهما : أن المراد : ما إذا كانت زيادة القيمة بسبب الصنعة ، وهو المتبادر إلى الفهم من العبارة ، أما إذا زادت بارتفاع سوقهما أو سوق أحدهما . . فالزيادة لمن ارتفع سعر سلعته .

ثانيهما : في كيفية الشركة وجهان لا ترجيح فيهما في « الروضة » وأصلها :

أحدهما : أن كل الثوب للبائع ، وكل الصبغ للمفلس كما لو غرس .

والثاني : يشتركان فيهما كخلط الزيت[١] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وللوجهين التفات علىٰ قاعدة الحصر والإشاعة .

٢٢٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٥] : (**أو أكثر . . فالأصح : أن الزيادة للمفلس**) لا يعرف منه مقابل الأصح ، وهو وجهان ، **أحدهما** : أنها للبائع ، **والثاني** : أنها توزع عليهما .

٢٢٠١ـ قوله فيما لو اشتراهما من اثنين : (**وإن زادت بقدر قيمة الصبغ . . اشتركا**)[٢] كذا إذا لم تبلغ الزيادة قدر قيمة الصبغ ، لكن النقص عليه[٣] .

٢٢٠٢ـ قوله : (**وإن زادت علىٰ قيمتهما . . فالأصح : أن المفلس شريكٌ لهما بالزيادة**)[٤] ، قال شيخنا ابن النقيب : أي : فيما إذا اشتراهما من واحد أو من اثنين[٥] ، وفيما قاله نظر ؛ فكيف يصح تحميل عبارته صورة ما إذا اشتراهما من واحد مع قوله : (**شريك لهما**) ؟

٢٢٠٣ـ قول « التنبيه » في الصورة المذكورة [ص ١٠٢] : (**وإن نقصت قيمتهما . . حسب النقصان من قيمة الصبغ ، ويرجع صاحب الثوب في ماله ، وصاحب الصبغ بالخيار إن شاء . . رجع فيه ناقصاً ، وإن شاء . . ضرب مع الغرماء**) ظاهره : أنه لا يضارب بباقي الثمن إذا رجع فيه ناقصاً ، وصححه في « الروضة »[٦] ، وبحث فيه في « الكفاية » .

٢٢٠٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣١١] : (**وللقصّار الحبس**)[٧] أي : حبس ما استؤجر علىٰ قصارته

---

(١) الروضة (٤/ ١٧٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٥) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٤٣) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٥) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٤٣) .
(٦) الروضة (٤/ ١٧٣) .
(٧) **القصّار** : محوّر الثياب ومبيضها ؛ لأنه يدقها بالقصرة التي هي القطعة من الخشب . انظر « لسان العرب » (٥/ ١٠٤) .

ليقبض الأجرة ، لكن ليس له حبسه في يده ، بل عند عدل ، نص عليه الشافعي ، كما حكاه في « الروضة » من زيادته ، قال : وليس مخالفاً لما سبق ، فإن جعله عند العدل . . حبس[1] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الصواب** : تقييده بما إذا كان العمل قد زادت به القيمة ، فإن لم تزد ، أو نقصت . . فلا يحبس ، ويأخذه المالك كما لو عمل المفلس ، ويضارب المستأجر بأجرته في مال المفلس ، وسبقه إلىٰ ذلك البارزي في « توضيحه الكبير » .

٢٢٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**وإن كان للمفلس دين وله به شاهد ولم يحلف . . فهل يحلف الغرماء ؟ فيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : صورة المسألة : أن يكون المفلس قد ادعىٰ وأقام الشاهد شهادته بطلبه ، فلو لم يدع . . فليس للغرماء الدعوىٰ والتحليف **على الأصح** .

ثانيها : العين في ذلك كالدين .

ثالثها : في معنىٰ ما إذا كان له شاهد : ما إذا ردت اليمين عليه فنكل .

رابعها : **الأظهر** : عدم الحلف ، بل **الأرجح** : القطع به ، وأن الخلاف في الوارث خاصة ، وقد سلم « الحاوي » من هـٰذه الإيرادات بقوله [ص ٣٠٧] : (**وإن نكل المفلس أو وارثه عن اليمين المردودة أو مع شاهد . . لم يحلف الغريم ، كما لا يدعي**) .

* * *

(١) الروضة (٤/١٧١) ، وانظر « الأم » (٣/٢٠٤) .

باب الحجر

٢٢٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٦] : (منه : **حجر المفلس لحق الغرماء ، والرهن للمرتهن ، والمريض للورثة ، والعبد لسيده ، والمرتد للمسلمين**) ليس في عبارته **ما** يدل علىٰ حصر الحجر لمصلحة الغير في هاذه الأنواع الخمسة ، وعبارة « الروضة » وأصلها تقتضي حصره فيها[1] .

وزاد ابن الرفعة في « الكفاية » عليها : الحجر على السيد في المكاتب ، وفي الجاني ، وعلى الورثة في التركة .

وزاد في « المطلب » : الحجر الغريب على المشتري في جميع ماله حتىٰ يوفي الثمن ، وعلى الأب إذا أعفّه ابنه بجارية حتىٰ لا يبيعها ، قاله القاضي حسين والمتولي .

وزاد السبكي : الحجر على الممتنع من وفاء دينه وماله زائد إذا التمسه الغرماء **في الأصح** .

وزاد شيخنا الإسنوي : إذا رد بعيب . . فله حبس السلعة ، ويحجر على البائع في بيعها حتىٰ يؤدي الثمن ، قاله المتولي .

وعلىٰ من غنم مال حربي مديون قد استرق حتىٰ يوفىٰ ، وعلى المشتري في المبيع قبل القبض ، قاله الجرجاني .

وعلى العبد المأذون للغرماء ، وعلى السيد في نفقة الزوجة حتىٰ يعطيها بدلها ، وعلىٰ مالك دار قد استحقت العدة فيها بالحمل أو الأقراء ، بخلاف الأشهر ، وعلىٰ من اشترىٰ عبداً بشرط العتق ، وفي المستولدة ، وفيما إذا أعتق شريكه الموسر نصيبه **في الأصح** إذا قلنا : لا يسري إلا بدفع القيمة ، وفيما استؤجر على العمل فيه حتىٰ يفرغ ويُعطىٰ أجرته ، وفيما إذا قال شريكان لعبد بينهما : (إذا متنا . . فأنت حر) فمات أحدهما . . فليس لوارثه التصرف فيه بالبيع ونحوه ، ونصيب اللآخر مدبر حتىٰ يموت ، فيعتق جميعه .

وفيما إذا نعل المشتري الدابة ثم اطلع علىٰ عيبها وقلْعه يُعَيِّبُهَا ، فردها ، وترك له النعل . . جُبر علىٰ قبوله ، وهو إعراض عنه **في الأصح** ، فيكون للمشتري لو سقط ، ويمتنع عليه بيعه ؛ كدار المعتدة .

وفيما إذا أعار أرضاً للدفن . . فيمتنع بيعها قبل بلاء الميت ، وفيما إذا خلط المغصوب بما لا يتميز . . فعليه بدله ، ويحجر عليه فيه إلىٰ رد البدل ، وفيما إذا أوصىٰ بعين تخرج من الثلث وباقي ماله غائب . . فيحجر على الموصىٰ له في الثلثين ؛ لاحتمال التلف ، وفي الثلث **على الأصح** ؛ لعدم تمكن الوارث من الثلثين .

---

(١) فتح العزيز (٥/٦٦) ، الروضة (٤/١٧٧) .

وفيما إذا أقام شاهدين علىٰ ملك ولم يعدلا . . فيمتنع علىٰ صاحب اليد البيع ونحوه بعد حيلولة الحاكم وقبلها علىٰ أحد الوجهين ، وفيما إذا اشترىٰ عبداً بثوب وشرطا الخيار لمالك العبد . . فالملك له فيه ، ويبقى الثوب علىٰ ملك الآخر ؛ لئلا يجتمعا في ملك واحد ، ولا يجوز لمالكه التصرف فيه .

وفيما إذا أحبل الراهن المرهونة وهو معسر . . فلا ينفذ الاستيلاد ، ومع ذلك لا يجوز بيعها في الأصح ؛ لأنها حامل بحرّ ، ولا بعد الولادة حتىٰ تسقيه اللبأ ويجد مرضعة خوفاً من سفر المشتري بها ، فيهلك الولد .

وفيما إذا أعطى الغاصب القيمة للحيلولة ثم ظهر المغصوب . . فله حبسه إلى استرداد القيمة ، كما في الرافعي في (الغصب) عن النص ، ثم مال إلىٰ خلافه[1] ، ويلزم من حبسه امتناع تصرف مالكه فيه بطريق الأولىٰ .

وفي بدل العين الموصىٰ بمنفعتها إذا تلفت . . فيمتنع على الوارث التصرف فيه ؛ لأنه يستحق عليه أن يشتري به ما يقوم مقامه ، وفيما إذا أعطىٰ لعبده قوته ثم أراد عند الأكل إبداله . . لم يكن له ذلك ، كما قال الروياني ، وقيده الماوردي بما إذا تضمن الإبدال تأخير الأكل[2] .

وفيما إذا نذر إعتاق عبده . . فليس له التصرف فيه وإن لم يخرج عن ملكه إلا بالإعتاق ، وفيما إذا دخل وقت صلاة وعنده ما يتطهر به . . لم يصح بيعه ولا هبته .

وفيما إذا وجبت عليه كفارة على الفور وفي ملكه ما يكفر به . . فقياس ما سبق امتناع تصرفه فيه ، قاله الإسنوي ، قال : ومن عليه دين لا يرجو وفائه ، أو وجبت عليه كفارة . . لا يحل له التصدق بما معه ولا هبته ، ولكن لو فعل . . ففي صحته نظر . انتهىٰ .

فهٰذه خمس وثلاثون مسألة ، وبقيت مسائل أخر ؛ منها : الحجر على المالك قبل إخراج الزكاة ، وعلى الوارث في العين الموصىٰ بها قبل القبول ، وعلى السيد فيما بيد العبد المأذون إذا ركبته ديون بغير إذن الغرماء ، وكذا بغير إذن العبد في الأصح ، وإذا اشترىٰ شيئاً شراءً فاسداً وأقبض الثمن . . فله الحبس إلى استرداد الثمن علىٰ قول أو وجه ، حكاه الرافعي في البيوع المنهي عنها عن الإصطخري[3] ، واقتضىٰ كلامه في موضعين من الضمان ترجيحه[4] ، واختار السبكي فيما حكاه عنه ابنه : التفصيل بين أن يكون فاسداً بشرط . . فله الحبس ، أو لكونه ملك الغير . . فلا حبس . انتهىٰ .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٣١) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥٢٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٤/١٢٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/١٥٢ ، ١٥٣) .

ويلزم من الحبس امتناع التصرف كما تقدم ، وحجر القاضي علىٰ من ادعي عليه بدين في جميع ماله إذا اتهم بحيلة ، وقد أقام المدعي شاهدين ولم يزكيا ، كما قاله القاضي الحسين ، **والأصح** : خلافه ، والحجر على النائم ، قاله القاضي الحسين ، وعلى المشتري إذا خرس في مجلس البيع . . فإن الحاكم ينصب عنه قيماً ، قاله الرافعي[1] ، وعلى الواقف في الموقوف وإن قلنا : إنه ملكه ، فهٰذه ثماني صور ، والله أعلم .

٢٢٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**لا يجوز تصرف الصبي والمجنون في مالهما**) قد يخرج به إسلام المميز ، وجوابه السلام علىٰ جمع هو فيهم ، وإخباره وهو مشكل بميله إلى الرجال أو النساء ، وأمانُهُ كافراً ، ووقوع الطلاق المعلق بمشيئته ، بقوله : (شئت) ، وإخباره بنجاسة أحد الإناءين ، وشهادته بهلال رمضان ، وشهادة الصبيان بأن فلاناً قتل فلاناً . . هل يكون لوثاً ؟ وقوله للشاهد يجهل عين المشهود عليها : هي هٰذه ، **والأصح** في الكل : المنع ؛ ولذلك قال في « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**المجنون محجور إلى الإفاقة ، والطفل إلى البلوغ من الإيمان وغيره**) .

لكن يستثنىٰ من ذلك : أنه يصح من المميز إحرامه وعبادته ، ويعتبر قوله في إذن الدخول ، وإيصال الهدية ، وله إزالة المنكر ، ويثاب عليه كالبالغ كما في « الروضة » من زيادته في (الغصب)[2] ، وفي « المنهاج » [ص ٢٥٦] : (**فبالجنون تنسلب الولايات واعتبار الأقوال**) ، وسكت عما يحجر على الصبي فيه ؛ كأنه للاكتفاء بما ذكره في المجنون ، وهو كذلك إلا ما يستثنىٰ ، واقتضىٰ كلامه اعتبار فعله ، وهو كذلك في الإتلاف ، ومنه إحباله ، بخلاف غيره ؛ كالهدية والصدقة .

٢٢٠٨ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**والمميز يُبعد به عن أهله**) أي : استحباباً ، كما رجحه الرافعي في (اللقيط)[3] ، أو وجوباً ، كما هو ظاهر كلامه في (الحضانة)[4] .

٢٢٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**وإذا بلغ الصبي ، وعقل المجنون ، وأونس منهما الرشد . . انفك الحجر عنهما**) فيه أمران :

أحدهما : أنه لا يتوقف انفكاك الحجر عن المجنون علىٰ إيناس الرشد ، بل ينفك عنه بمجرد الإفاقة ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**إلى الإفاقة**) و« المنهاج » [ص ٢٥٦] : (**ويرتفع بالإفاقة**) ، لكن يستثنىٰ منه : ولاية القضاء ونحوها ، فلا تعود إلا بولاية جديدة ؛ فلعل المراد :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٤/١٨١) .

(٢) الروضة (٥/١٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٩٦) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/٨٨) .

عود الأهلية ، وحمل ابن الرفعة كلام « التنبيه » على المجنون الذي جُن في صباه ، أو بعد بلوغه وقبل إيناس الرشد ، وقد قال بعد ذلك : (**وإيناس الرشد : أن يبلغ مصلحاً لدينه وماله**)[1] ، ولم يذكر الإفاقة .

ورده السبكي : بأن الباقي فيما إذا لم يؤنس منه الرشد حجر السفه لا حجر الجنون .

ثانيهما : أن ما ذكره في الصبىٰ موافق لقول « المنهاج » [ص ٢٥٦] : (**وحجر الصبىٰ يرتفع ببلوغه رشيداً**) ، لكن في « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**والطفل إلى البلوغ**) ولم يذكر الرشد ، قال الرافعي : وليس خلافاً محققاً ، ومراد الأول : الإطلاق الكلي ، والثاني : المخصوص بالصبي ، وهـٰذا أولىٰ ؛ لأن كلاً من الصِّبَا والتبذير سبب مستقلٌ . انتهىٰ[2] .

وعلىٰ هـٰذا . . فالرشد غير محتاج إليه في ارتفاع حجر الصبي ؛ فإن حجر الصبي يرتفع بالبلوغ مطلقاً ، ويخلفه حجر السفه ، وله أحكام تخصه ، فهـٰذا يرتفع بالرشد ، قال السبكي : وللبحث مجال في أن حجر الصبي للسفه الذي هو مظنته فاتحدا وإن اختص الصبي بإلغاء أقواله جملة ، وحكىٰ في « التوشيح » عن والده : أنه أفتىٰ في يتيم غائب علم وليّه أنه بلغ ، ولم يعلم هل بلغ رشيداً ؟ بأنه لا يجوز له التصرف في ماله ، ولا إخراج زكاته استصحاباً لحكم الحجر ، واحتج بقول الأصحاب : إذا أجر الولي الصبي مدة يبلغ فيها بالسن . . لم يصح فيما زاد على البلوغ ، قال : فهـٰذا يدل علىٰ أنهم لا يكتفون في العقود بالأصل .

٢٢١٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**بخمس عشرة سنة**) قد يوهم حصول البلوغ بالطعن فيها ، وهو وجه ، **والأصح** : اعتبار استكمالها ، وصرح به « التنبيه » و« المنهاج »[3] ، وابتداؤها من خروج جميع الولد ، وهي تحديد ، كما ذكره النووي في « الأصول والضوابط » ، فقال : **الأصح** : القطع به[4] .

٢٢١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**بالاحتلام**) و« الحاوي » [ص ٣١٢] : (**والحلم**) أراد به : خروج المني في نوم أو جماع أو غيرهما ، فلو عبرا بـ (خروج المني) كما في « المنهاج »[5] . . لكان أوضح ؛ ولذلك قال النووي في « تحرير التنبيه » : (لو قال : بالإنزال . . لكان أصوب)[6] .

---

(١) التنبيه (ص ١٠٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٦٨) ، وفي حاشية (أ) : أول كلام الرافعي : وقوله ـ أي : في « الوجيز » ـ : « **وحجر الصبي ينقطع بالبلوغ مع الرشد** » ، هـٰكذا يطلقه بعض الأصحاب ، ومنهم من يقول : حجر الصبي ينقطع بمجرد البلوغ ، وليس ذلك خلافاً محققاً) .
(٣) التنبيه (ص ١٠٣) ، المنهاج (ص ٢٥٦) .
(٤) الأصول والضوابط (ص ٣٦) .
(٥) المنهاج (ص ٢٥٦) .
(٦) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١٩٩) .

وجوابه : أن هٰذا هو المراد ؛ وقد قال الماوردي : إن الاحتلام : إنزال المني في نوم أو جماع أو غيرهما[1] .

٢٢١٢ـ قول «التنبيه» [ص ١٠٣] : (**أو بإنبات الشعر الخشن في العانة في أظهر القولين**) فيه أمران :

أحدهما : أن ذلك إنما هو في حق ولد الكافر دون المسلم **في الأظهر** ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

ثانيهما : أنه ليس نفس البلوغ ، وإنما هو علامة عليه **في الأظهر** ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٥٦] : (**ونبات العانة يقتضي الحكم ببلوغ ولد الكافر**) ، وهٰذا وارد علىٰ قول « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**وإنبات العانة لطفل الكفار**) فإن ظاهره أنه بلوغ أيضاً ، وتظهر فائدة الوجهين فيما لو شهد عدلان بأنه لم يستكمل خمس عشرة سنة مع نبات العانة ، فإن قلنا : حقيقة.. فبالغ ، وإن قلنا : دلالة.. فلا ، ذكره الماوردي[3] .

واعلم : أن عبارتهم تقتضي تعميم هٰذه العلامة في الذكر والأنثىٰ ، **وهو المشهور** ، فهو أحسن من تعبير « المحرر » بـ (صبيان الكفار)[4] ، ونقل السبكي عن الجوري : أنه ليس علامة في حق النساء ؛ لأنهن لا يقتلن ، وإنما يكون علامة في حق الخنثىٰ إذا كان علىٰ فرجيه ، كما صرح به الماوردي[5] ، وفيه شيء ، كما قال شيخنا الإمام البلقيني .

ويرد على « المنهاج » و« الحاوي » : أنهما لم يقيدا الشعر بكونه خشناً ، ولا بد منه .

٢٢١٣ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**وحُلِّف إن قال : استعجلته بالدواء**) محله : في ولد الحربي إذا سُبي ، فإن كان ولد ذمي ، وطولب بالجزية ، فادعىٰ مثل ذلك.. ففي « الكفاية » عن العبادي : أنه لا يسمع منه .

٢٢١٤ـ قولهم في بلوغ المرأة : (**والحبل**)[6] أي : يتبين بالولادة البلوغ قبلها بستة أشهر ولحظة ، فإن كانت مطلقة وأتت بولد يلحق الزوج.. حكم ببلوغها قبل الطلاق بلحظة ، **والمشهور** : أنه ليس ببلوغ ، ولكنه علامة ، قاله في « الكفاية » ، وهو مفهوم من قول الرافعي : لأنه مسبوق بالإنزال[7] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٤٣) .
(٢) الحاوي (ص ٣١٢) ، المنهاج (ص ٢٥٦) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٤٤) .
(٤) المحرر (ص ١٧٩) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٤٧) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« الحاوي » (ص ٣١٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٧١) .

تَنْبِيهٌ

[بلوغ الخنثىٰ]

قد يفهم من سكوتهم عن الخنثىٰ مساواته لما ذكر ؛ لأنه إما ذكر أو أنثىٰ ، لكن إن أمنىٰ بذكره وحاض بفرجه . . حكم ببلوغه **في الأصح** ، وإن وجد أحدهما . . فلا عند الجمهور ، وقال الإمام : إنه بلوغ ، قال الرافعي : وهو الحق ، فإن ظهر من الآخر ما يخالفه . . غيرنا الحكم[1] ، واستحسن في « الروضة » قول المتولي : إنه يحكم به إن تكرر[2] ، وتقدم قول الماوردي : إن الإنبات إنما يكون علامة إذا كان علىٰ فرجيه معاً[3] .

٢٢١٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**وإيناس الرشد : أن يبلغ مصلحاً لدينه وماله**) لا معنىٰ لتقييد ذلك بالبلوغ ؛ فالرشد : صلاح الدين والمال ، كما عبر به « المنهاج »[4] ، وهو معنىٰ تعبير « الحاوي » بـ (**الصلاح ديناً ودُنيا**)[5] ، ولا فرق بين أن يقارن البلوغ أم لا ، ومال الشيخ عز الدين بن عبد السلام إلى الاكتفاء في الرشد بالمال وحده ، وهو وجه .

٢٢١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٦] : (**والأصح : أنَّ صرفه في الصدقة ووجوه الخير والمطاعم والملابس التي لا تليق بحاله ليس بتبذيرٍ**) فيه أمور :

أحدها : أن ذكر وجوه الخير بعد الصدقة من ذكر العام بعد الخاص ؛ ففيه تكرير لا يليق بالمختصرات، فكان ينبغي الاقتصار على الثاني، كما قال في «الحاوي» [ص ٣١٣] : (**لا في الخير**).

ثانيها : مقابل الأصح في مسألة وجوه الخير قاله الجويني ، وشرطه عنده : أن يقارن البلوغ ، لا إن طرأ ، وعبارة « المنهاج » توهم عمومه .

ثالثها : ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين القليل والكثير ، وهو مقتضى المنقول ، ويشكل تسفيه من تصدق بفلس ونحوه .

رابعها : مقابل الأصح في مسألة المطاعم والملابس قاله الإمام والغزالي[6] ، والخلاف فيه مفرع على القول بعدم التحريم ، كما هو ظاهر « الروضة » وأصلها هنا[7] ، لكن في « الشرحين »

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٣٦) ، و« فتح العزيز » (٥/٧١) .

(٢) الروضة (٤/١٨٠) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٣٤٧) .

(٤) المنهاج (ص ٢٥٦) .

(٥) الحاوي (ص ٣١٢) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٣٨) ، و« الوسيط » (٤/٣٨) ، و« الوجيز » (١/٣٤٥) .

(٧) فتح العزيز (٥/٧٢) ، الروضة (٤/١٨٠) .

و« الروضة » عند الكلام على الغارم في الزكاة الجزم بتحريمه ، فهو حينئذ تبذير قطعاً ، وقد صحح السبكي : أنه تبذير .

٢٢١٧ـ قوله : (**ويختبر رشد الصبي**)[1] قد يخرج المرأة ؛ ولذلك لم يقيده « التنبيه » ، بل قال [ص ١٠٣] : (**ولا يسلم إليه المال حتىٰ يختبر**) أي : المحجور مطلقاً ، وقد يقال : لفظ الصبي متناول للأنثىٰ ، كما نقله ابن حزم الظاهري[2] ، والاختبار يكون في الدين وفي المال ، فقول « المنهاج » بعده [ص ٢٥٦] : (**ويختلف بالمراتب**) أي : اختبار المال دون الدين .

٢٢١٨ـ قوله : (**فيختبر ولد التاجر : بالبيع والشراء والمماكسة فيهما**)[3] كذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[4] ، وهو يقتضي صحة البيع والشراء منه ، **والأصح** : خلافه .

٢٢١٩ـ قوله : (**وولد الزُّرَّاع**)[5] أعم من قول « المحرر » : (المزارع)[6] فإنه الذي يدفع أرضه إلىٰ من يزرعها ، والزراع يتناوله ويتناول من يزرع بنفسه .

٢٢٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**إما قبل البلوغ أو بعده**) **الأصح** : قبله ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٢٥٧] : (**ووقته : قبل البلوغ ، وقيل : بعده**) ، قال الرافعي في توجيهه : لأن تصرف الصبي باطل[7] ، وهو يفهم أن محله : في الاختبار بالتجارة ، وبه صرح في « الاستقصاء » ، وهو الأقرب في « الكفاية » ، لكن الجمهور أطلقوه ، قال الجرجاني : إن قلنا : إن الاختبار قبله . . فالمخاطب به كل ولي ، وإن قلنا : بعده . . فوجهان ، **أحدهما** : كذلك ، **والثاني** : الحاكم فقط[8] .

٢٢٢١ـ قوله : (**فعلى الأول : الأصح : أنه لا يصح عقده**)[9] فيه أمران :

أحدهما : أنه يفهم أنه على الثاني بخلافه ، ولم يصرحوا به ، ويظهر بناؤه علىٰ صحة تصرفه بالإذن ، وأولىٰ بالصحة ؛ لعدم تحقق سفهه حساً .

ثانيهما : ظاهر كلامه : أن مقابل الأصح : صحة عقده مطلقاً ، وكذا أطلقه في

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٦) .
(٢) انظر « المحلىٰ » (١/ ٨٨) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٦) .
(٤) المحرر (ص ١٧٩) ، فتح العزيز (٥/ ٧٣) ، الروضة (٤/ ١٨١) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٧) .
(٦) المحرر (ص ١٧٩) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٧٣) .
(٨) انظر « التحرير » (١/ ٢٧٩) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٧) .

« الروضة »[1] ، وقيده في « الكفاية » بالإذن .

٢٢٢٢ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**فإن كان سفيهاً في دينه أو ماله . . استديم الحجر عليه**)[2] أي : جنس الحجر ؛ فإن حجر الصبي زال بالبلوغ ، وخلفه حجر السفه ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣١٢] : (**والطفل إلى البلوغ من الإيمان وغيره ، ثم من تصرفٍ ماليٍّ** . . . إلىٰ آخر كلامه) .

٢٢٢٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن كان مصلحاً لدينه وماله . . انفك الحجر عنه ، وقيل : لا ينفك إلا بالحاكم**)[3] لا يختص الفك على الوجه الثاني بالحاكم ، بل ينفك أيضاً بالأب أو الجد ، وفي الوصي والقيم وجهان ، كذا في « الروضة » وأصلها[4] ، وفي « الحاوي » و« البحر » في (الوصية) : أنه إن كان الولي أباً أو جداً . . انفك بنفس البلوغ والرشد ، وإن كان حاكماً . . فلا بد من فكه هو للحجر ، وإن كان وصياً . . فوجهان[5] ، وقال الشيخ أبو حامد : إن كان أباً أو جداً . . انفك بالبلوغ رشيداً ، وإن كان حاكماً . . فوجهان .

قال بعضهم : ولذلك قال « التنبيه » أولاً [ص ١٠٣] : (**وإذا بلغ الصبي ، وعقل المجنون ، وأونس منهما الرشد . . انفك الحجر عنهما**) ثم قال بعد ذلك : (**وإن كان مصلحاً لدينه وماله . . انفك الحجر عنه ، وقيل : لا ينفك إلا بالحاكم**) فحمل الأول علىٰ ما إذا كان وليه أباً أو جداً ، والثاني علىٰ ما إذا كان الحاكم ، وهو أولىٰ من قول النووي في « نكته » : إنها مكررة .

٢٢٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] : (**فلو بذَّر بعد ذلك . . حُجر عليه**) لم يتبين الحاجر عليه ، وهو القاضي كما صرح به « التنبيه » و« الحاوي »[6] ، فإن عاد رشيداً . . لم ينفك إلا بالحاكم **على المذهب** .

٢٢٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**فإن فك الحجر عنه ثم سفه في الدين دون المال . . فقد قيل : يعاد الحجر عليه ، وقيل : لا يعاد**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[7] ، وعلى الأول : فظاهر كلامهم وجوب إعادة الحجر عليه ، والذي في « البسيط » : جوازه للحاكم إن رآه مصلحة .

---

(١) الروضة (٤/١٨١) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٧) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٧) .

(٤) فتح العزيز (٥/ ٧٤) ، الروضة (٤/ ١٨٢) .

(٥) الحاوي الكبير (٨/٣٤٨) .

(٦) التنبيه (ص ١٠٣) ، الحاوي (ص ٣١٣) .

(٧) الحاوي (ص ٣١٣) ، المنهاج (ص ٢٥٧) .

٢٢٢٦ـ قول « المنهاج » فيمن حجر عليه لسفهٍ [ص ٢٥٧] : (**وقيل : وليُّهُ في الصغر**) محله : إذا قلنا : يعود الحجر بنفسه ، وإلا . . لم ينظر إلا القاضي قطعاً ، فطريقة الوجهين مبنية علىٰ وجه ضعيف ، قاله الرافعي[١] ، لكن في « الإشراف » للهروي حكاية الوجهين مع حجر القاضي ، وتبعه في « الكفاية » .

٢٢٢٧ـ قولهم : (**إنه لا يصح من محجور عليه لسفهٍ بيعٌ ولا شراءٌ**)[٢] محله : إذا كان ذلك لنفسه ، فإن توكل في ذلك لغيره . . ففيه وجهان .

مقتضىٰ تصحيح الرافعي : المنع أيضاً[٣] ، لكنه **صحح** في (الوكالة) : جواز توكيله في قبول النكاح[٤] ، واستشكل في « المهمات » جريان الخلاف في توكله لغيره في البيع ؛ لأنه مطالب بالثمن ، ولو اعترف البائع بوكالته **في الأصح** . . فهو كالضامن ، ولا يصح من المحجور ضمان ، وقد أنكر النووي على الرافعي تخريجه إذا كان بإذن الولي على البيع بإذنه ؛ لما في الضمان من الغرر[٥] .

٢٢٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] : (**ولا إعتاقٌ**) أي : في الحياة ، فأما بعد الموت ؛ كالتدبير والوصية بالعتق . . **فالمذهب** : الصحة ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣١٢] : (**لا وصيةٍ وتدبيرٍ**) ومقتضىٰ ذلك أنه في الكفارة يصوم كالمعسر ، لكن **صحح** في « المطلب » في القتل : أن الولي يعتق عنه .

٢٢٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] : (**وهبةٌ**) أي : أن يهب شيئاً من ماله ، زاد في « الروضة » وأصلها : لا بشرط الثواب ولا دونه[٦] .

واعترضه في « المهمات » : بأنه إذا شرط ثواباً معلوماً . . كان بيعاً **على الأصح** تجري عليه أحكام البيع كلها ، نظراً للمعنىٰ ، قال : فينبغي أن يجوز ذلك حيث يجوز البيع ، وبه صرح الإمام ، وحكاه عنه الرافعي في (الهبة) ، وأقره ، وجزم به في « الروضة » . انتهىٰ[٧] .

أما إذا وُهب له . . فوجهان ، **صحح النووي** : الصحة[٨] ، ومقتضىٰ كلام الرافعي أن الوجهين

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٧٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« الحاوي » (ص ٣١٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٧٧) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٢١٥) .

(٥) انظر « الروضة » (٤/٢٩٧) .

(٦) فتح العزيز (٥ / ٨١) ، الروضة (٤/١٨٩) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٤٢) ، و« فتح العزيز » (٦/٣٣٢ ، ٣٣٣) و« الروضة » (٥/٣٨٦) .

(٨) انظر « الروضة » (٤/١٨٤) .

إذا أذن له الولي ؛ فإنه ذكرهما فيما إذا أذن له في البيع ، ثم قال : ويجريان في اتهابه وقبوله الوصية لنفسه[1] ، وأطلق الماوردي أنه لا يسلم إليه الموهوب[2] ، وقال ابن الرفعة : إن كان هناك من يأخذها منه عقب قبضها من ولي أو حاكم . . لم يمتنع دفعها إليه ، وإلا . . ففيه توقف .

وتجويز الاتهاب وارد علىٰ إطلاق « التنبيه » استدامة الحجر و« الحاوي » منع التصرف المالي[3] .

٢٢٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] : (**ونكاحٌ بغير إذن وليه**) يعود إلى النكاح فقط ؛ فإنه الذي يصح بالإذن دون التصرف المالي ، كما ذكره بعد ذلك .

٢٢٣١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**وإن أذن له في البيع . . فقد قيل : يصح ، وقيل : لا يصح**) الثاني **هو الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٧] : (**لا التصرف المالي في الأصح**) ، ومحل الوجهين : إذا عين له الولي قدر الثمن ، وإلا . . بطل جزماً ، **والحق في** « المطلب » : تعيين المبيع بتقدير الثمن ، ويتقدر بثمن المثل ، ولو وجب عليه قصاص ، فصالح بغير إذن الولي على الدية أو أكثر . . صح ، وإن وجب له قصاص . . فله العفو علىٰ مال ، وكذا مجاناً **على المذهب** ، **والأصح** : صحة قبضه دينه بإذن وليه ، وهـٰذا وارد أيضاً علىٰ إطلاق « الحاوي » المنع من تصرف مالي و« التنبيه » استدامة الحجر[4] .

٢٢٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » في (الوديعة) [ص ٤٤١] : (**فلو اشترىٰ أو اقترض وقبض وتلف المأخوذ في يده أو أتلفه . . فلا ضمان**) محله : إذا أقبضه إياه البائع أو المقرض الرشيد أو غير الرشيد بإذن وليه ، وإلا . . فيضمنه ، وألاَّ يطالبه البائع به ، فإن طالبه فامتنع . . ضمن ، كما ذكره الداوودي في « شرح المختصر » ، حكاه في « المهمات » ، قال : وهو ظاهر ، ثم **إن** هـٰذا في الظاهر ، وهل يضمن فيما بينه وبين الله تعالى ؟ **صحح** الإمام والغزالي : المنع أيضاً[5] ، **وصحح** الروياني : أنه إن جهل البائع الحجر وأتلفه السفيه . . وجب ، وإلا . . فلا .

٢٢٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] : (**ولا يصح إقراره بدين قبل الحجر أو بعده**) هما ظرفان لما أوجب الدين ؛ أي : سواء أسنده إلىٰ ما قبل الحجر أو بعده . . فلا يلزمه وإن فك الحجر عنه ، وهو

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٧٨) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٣٥٩) .

(٣) التنبيه (ص ١٠٣) ، الحاوي (ص ٣١٢) .

(٤) التنبيه (ص ١٠٣) ، الحاوي (ص ٣١٢) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٤٤) .

ظاهر إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » منع الإقرار بالمال[1] ، وهـٰذا في الدنيا ، فأما بينه وبين الله تعالىٰ . . فيلزمه بعد فك الحجر إن كان صادقاً فيه .

٢٢٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٧] : (**وكذا بإتلاف المال في الأظهر**) كذا حكى الخلاف في « المحرر » و« الروضة » وأصلها هنا قولين[2] ، وحكياهما في (القسامة) وجهين ، وقالا : سبقا في الحجر[3] ، وهـٰذا يقتضي أن المعتمد هو المذكور هنا .

٢٢٣٥ـ قوله : (**ويصح نفيه النسب بلعانٍ**)[4] لا حاجة لتقييده باللعان ؛ لأن له نفيه من أمته بالحلف ، ولا لعان هناك .

٢٢٣٦ـ قوله : (**وحكمه في العبادة كرشيد**)[5] أي : الواجبة ، أما المالية التي ليست واجبة ؛ كصدقة التطوع وغيرها . . فليس هو فيها كرشيد .

٢٢٣٧ـ قوله : (**وإذا أحرم بحجٍّ فرضٍ . . أعطى الوليّ كفايته لثقةٍ يُنفق عليه في طريقه**)[6] فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم أنه لا يعطي قبل الإحرام ، وليس كذلك ، بل إذا سافر لذلك وأخر الإحرام للميقات . . أعطىٰ أيضاً .

ثانيها : تناول حج الفرض حجة الإسلام والقضاء والنذر قبل الحجر ، وكذا النذر بعده إن جعلناه كواجب الشرع ، وفي القضاء الواجب في السفه وجهان .

ثالثها : ينبغي حذف اللام من قوله : (**لثقة**) لأن (**أعطىٰ**) يتعدىٰ لاثنين بنفسه .

٢٢٣٨ـ قوله : (**وإن أحرم بتطوع وزادت مؤنة سفره علىٰ نفقته المعهودة . . فللولي منعه**)[7] فيه أمران :

أحدهما : أن صورة المسألة : أن يحرم به حال الحجر ، فلو أحرم به قبله ثم حجر عليه . . فكالفرض .

ثانيهما : أن تعبيره تبعاً للرافعي هنا يقتضي منعه من السفر[8] ، وعبرا في الحج : بأن له

---

(١) التنبيه (ص ١٠٣) ، الحاوي (ص ٣١٢) .

(٢) المحرر (ص ١٨٠) ، فتح العزيز (٥/ ٧٨) ، الروضة (٤/ ١٨٥) .

(٣) فتح العزيز (١١/ ٧) ، الروضة (١٠/ ٥) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٨) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٨) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٨) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٨) .

(٨) انظر « المحرر » (ص ١٨١) .

تحليله ، وعبر الإمام والغزالي : بمنعه من زائد المؤنة[1] ؛ أي : لا نفس المضي ، ومال إليه في « المطلب » .

٢٢٣٩ـ قوله : (ويتحلل بالصوم إن قلنا : لدم الإحصار بدلٌ)[2] أي : وهو الأصح ، فإن قلنا : لا بدل له ، بل يبقىٰ في ذمة المحصر . . فلم يتعرض الرافعي والنووي للتصريح بالتفريع عليه ، وقال في « المطلب » : **يظهر أن يبقىٰ في ذمة السفيه أيضاً** .

٢٢٤٠ـ قوله : (ولو كان له في طريقه كسبٌ قَدْرَ زيادةِ المؤنةِ . . لم يجز منعه)[3] كذا لو لم يكن ، ولم تزد المؤنة علىٰ مؤنته في الحضر .

فصل

[فيمن يلي نحو الصبي مع بيان كيفية تصرفه في ماله]

٢٢٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٨] : (ولي الصبي : أبوه ، ثم جده ، ثم وصيهما ، ثم القاضي) فيه أمور :

أحدها : أن ذلك لا يختص بالصبي ؛ فالمجنون كذلك ، وقد صرح به « التنبيه » و« الحاوي »[4] ، وكذا من بلغ سفيهاً كما دلت عليه عبارتهما أيضاً ، وحكاه في « الكفاية » عن القاضي مجلي .

ثانيها : المراد بالجد : أبو الأب ، وهـٰذا وارد علىٰ إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » أيضاً .

ثالثها : المراد بوصيهما : وصي من تأخر موته منهما ؛ فإنه لا يتصور اجتماعهما ، وأطلق « التنبيه » و« الحاوي » الوصي[5] .

رابعها : اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » على القاضي[6] ، وفي « التنبيه » : الحاكم أو أمينه[7] ، والمراد : القاضي الذي في ولايته اليتيم وماله ، فلو كان اليتيم ببلد وماله في آخر . . فأولى الوجهين عند الغزالي وأقره الرافعي : يتصرف حاكم بلد المال ، كما أنه الذي يحفظه ويتعهده ، ويفعل ما فيه مصلحته عند الإشراف على الهلاك[8] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٤٥) ، و« الوجيز » (١/ ٣٤٥) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٨) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٥٨) .
(٤) التنبيه (ص ١٠٢) ، الحاوي (ص ٣١٣) .
(٥) التنبيه (ص ١٠٢) ، الحاوي (ص ٣١٢) .
(٦) الحاوي (ص ٣١٢) ، المنهاج (ص ٢٥٨) .
(٧) التنبيه (ص ١٠٢) .
(٨) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٤٥) ، و« فتح العزيز » (١٢/ ٥٣٩) .

خامسها : يشترط في ولاية الأب : الإسلام ولو كان الولد كافراً كما صرح به الماوردي والروياني[١] ، لكن صحح في « الذخائر » تبعاً للإمام : ولاية الكافر علىٰ مال طفله الكافر[٢] ؛ ويعضده مسألة وصية الذمي إلى الذمي علىٰ أطفاله الذميين ، والجزم بصحة وصية الذمي إلى المسلم على الولد الكافر يدل علىٰ ذلك أيضاً .

ويشترط : ظهور عدالة الأب والجد ، وفي ثبوتها وجهان ، قال في « الروضة » وينبغي الاكتفاء بالعدالة الظاهرة[٣] ، ومقتضىٰ ما ذكره ابن كج في ولاية الإجبار في النكاح : أن شرطها عدم العداوة . . أن يطرد ذلك في ولاية المال .

سادسها : ذكر النووي في « شرح المهذب » في إحرام الولي عن الصبي : أن للعصبات كالأخ والعم الإنفاق من مال الصبي في تأديبه وتعليمه وإن لم يكن لهم عليه ولاية ؛ لأنها قليلة ، فسومح بها[٤] .

٢٢٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٢] : (**ولا يبيع لهما شيئاً بدون ثمن المثل**) كذا لا يبيع أيضاً بثمن المثل إذا وجد زيادة ، وحكمه في ذلك حكم الوكيل .

٢٢٤٣ـ قوله : (**ولا أن يغرر بمالهما في المسافرة**)[٥] فلو غلبت السلامة . . جاز في **الأصح** ، إلا في البحر في **الأصح** ، لكن روى الشافعي رحمه الله : (أن عائشة رضي الله عنها كانت تُبْضِعُ مال بني محمد بن أبي بكر في البحر)[٦] ، وذلك يشعر باختيار الشافعي الجواز .

٢٢٤٤ـ قوله : (**ويتخذ لهما العقار**)[٧] شرطه : **أن** يشتريه من ثقة ، وألاَّ يكون في موضع قد أشرف على الخراب أو يخشىٰ هلاكه بزيادة الماء ونحوه ، قال الماوردي : وأن يحصل له من ريعه الكفاية ، وإلا . . فالتجارة أولىٰ عند الأمن وعدل السلطان[٨] .

٢٢٤٥ـ قولهما : (**ويَبْنِيه**)[٩] ، قال ابن الصباغ : بشرط أن يساوي بعد الفراغ ما أنفق عليه ، وهـٰذا في زمننا نادر ، قال بعضهم : وإنما يبنيه إذ لم يكن الشراء أحظّ ، وهو ظاهر .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٣٠) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٣٥٢) .
(٣) الروضة (٤/ ١٨٧) .
(٤) المجموع (٧/ ٢١) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) .
(٦) انظر « الأم » (٧/ ١٣٣) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٥/ ٣٦٣) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٨) .

٢٢٤٦ـ قولهما : (**بالطين والآجُرِّ**)[(١)] ، زاد « المنهاج » [ص ٢٥٨] : (**لا اللبن والجص**) ، وكذا في « المحرر » و« الروضة »[(٢)] ، وعبارة « الشرح » عطف الجص بـ (أو)[(٣)] ، وصوبه شيخنا ابن النقيب ؛ فإن كلاً منهما ممتنع ، قال : فلو اقتصر علىٰ قوله : (**بالطين والآجر**) . . لأخذ امتناع ما سوىٰ ذلك من المفهوم[(٤)] .

٢٢٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**ولا يبيع العقار عليهما إلا لضرورةٍ أو غبطة**) عبر « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٨] : (**إلا لحاجةٍ أو غبطةٍ ظاهرةٍ**) والحاجة أخف من الضرورة ، وهي المعتبرة وإن لم ينته الحال للضرورة ، وقد عبر بالحاجة الشافعي وأكثر الأصحاب ، وتقييد الغبطة : بكونها ظاهرة ليس في « المحرر » ولا في « الروضة » وأصلها ، لكن فيهما تفسير الغبطة : بأن يكون ثقيل الخراج ، أو رغب فيه شريك أو جار بأكثر من ثمن المثل وهو يجد مثله ببعض ذلك الثمن[(٥)] ، وذكر في « المهمات » : أَنَّ وجدان مثله ليس شرطاً ، ولم يعتبره الأكثر ، وبتقدير اشتراطه : فلو وجد خيراً منه بذلك الثمن . . كان كذلك ، صرح به الشيخ أبو حامد وآخرون ، فإن وجد مثله بمثله . . **فالمتجه** : المنع ، فإن لم يجد بصفته ؛ احتمل أنه إن كان الغالب وجدانه في الحال أو بعده بقليل . . جاز ، وإلا . . فلا ، وفسر « التنبيه » الغبطة : بأكثر من ثمن المثل بزيادة كثيرة[(٦)] .

وضبطها الإمام : بألاَّ يستهين بها العقلاء بالنسبه إلىٰ شرف العقار[(٧)] ، وفي معنى العقار : آنية القنية من صفر وغيره ، قاله البندنيجي .

قال في « الكفاية » : وما عدا ذلك من سائر أمواله لا يباع إلا لغبطة أو حاجة ، لكن يجوز لحاجةٍ يسيرة وربح قليل ، بخلاف العقار .

٢٢٤٨ـ قوله : (**ولا يبيعه بنسيئة إلا لضرورةٍ أو غبطةٍ ، وهو : أن يبيع بأكثر من ثمن المثل ويأخذ عليه رهناً**)[(٨)] فيه أمران :

أحدهما : اقتصر « المنهاج » في البيع بالنسيئة علىٰ كونه مصلحة ، قال : (**وإذا باع نسيئة** . .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٥٨) .
(٢) المحرر (ص ١٨١) ، الروضة (٤/١٨٧) .
(٣) فتح العزيز (٥/٨٠) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٥٧) .
(٥) فتح العزيز (٥/٨١) ، الروضة (٤/١٨٧) .
(٦) التنبيه (ص ١٠٣) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٥/٤٦٣) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) .

أشهد وارتهن به)[١] ، ولا بد أن يكون الرهن وافياً بالثمن . واعلم : أن الرافعي جزم في الإقراض بعدم وجوب الارتهان ، وإنما يفعل ما يراه مصلحة[٢] ، وذكر ابن الرفعة : أن البيع نسيئة كالإقراض ، فحصل من مجموع ذلك أن الارتهان في البيع نسيئة غير واجب .

ويستثنىٰ من الاحتياج إلى الرهن : ما لو باع مال ولده من نفسه نسيئة ، وحكىٰ في « الروضة » في (الرهن) : أن شرط البيع نسيئة : كون المشتري ثقة موسراً ويكون الأجل قصيراً ، ثم قيل : الأجل الذي لا تجوز الزيادة عليه سَنَة ، وقال الجمهور : لا يتقدر بها ، بل يعتبر عرف الناس[٣] .

وأما الإشهاد : فالأصح في الوصية : أنه لا يجب ، وجزم النووي في (الرهن) بأنه واجب[٤] ، وفي اشتراطه قولان ، وقد يحمل كلامه في الوصية على البيع حالاً ، وهـٰذا في البيع نسيئة ، وفي الرافعي في (الوكالة) في أثناء تعليل : أن الوصي لا يبيع إلا بنقد البلد حالاً[٥] ، وهو محمول على المذكور هنا .

ثانيهما : **الظاهر** : أن أخذ الرهن خاص بالصورة الثانية ، أما الضرورة : فلا يشترط فيها الرهن ؛ لخروجها عن الضبط ، لكن حكى ابن الرافعة عن القاضي أبي الطيب والمتولي : أن في الاحتياج إلى الرهن في صورة الضرورة الخلاف فيما إذا أقرضه في مثل هـٰذه الحالة ، وفي « الروضة » وأصلها في (الأطعمة) : أنه يجوز للولي بيع مال المحجور نسيئة للمضطر ، وأنها إحدى الصور التي يجوز فيها بيع مال الصبي نسيئة[٦] ، وقد يُدعىٰ دخول هـٰذه الصورة في عبارة « التنبيه » ، وأن الضرورة تتناول ضرورة المحجور وضرورة المضطر ، ولا يمكن توقف هـٰذا البيع علىٰ رهن إذا لم يكن مع المضطر ما يرهنه .

٢٢٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : **(وإن وجب لهما شفعة وفي الأخذ بها غبطة . . لم يجز له تركها)** مفهومه : تركها إذا لم يكن أخذها غبطة ، وهـٰذا صادق بكون الغبطة في ترك الأخذ بها ، وباستواء الأمرين ، فأما الأولىٰ : فقد ذكرها « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٨] : **(ويأخذ له بالشفعة أو يترك بحسب المصلحة)** ، و« الحاوي » بقوله بعد ذكر التصرف بالغبطة [ص ٣١٢] : **(وفي الشفعة وتركها)** ، وأما الثانية : فما اقتضاه كلامه فيها هو مقتضىٰ كلام الرافعي في آخر (الشفعة)[٧] .

---

(١) المنهاج (ص ٢٥٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٨٣) .
(٣) الروضة (٤/٦٣ ، ٦٤) .
(٤) الروضة (٤/٦٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٢٤) .
(٦) فتح العزيز (١٢/١٦٨) ، الروضة (٣/٢٨٩) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٩٢) .

٢٢٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٨] : (**ويُنفق عليه بالمعروف**) وكذا على قريبه ، لكن بعد طلبه ، إلا أن يكون القريب صغيراً أو مجنوناً[١] .

٢٢٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**ولا يقرض من مالهما شيئاً ، إلا أن يريد سفراً يخاف عليه . . فيكون إقراضه أولىٰ من إيداعه**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يتقيد جواز الإقراض بالسفر ، فيجوز في الحضر أيضاً إذا خيف عليه من نهب أو حريق أو نحوهما ، كما جزم به في « الروضة »[٢] ، واغتر بذلك شيخنا الإسنوي ، فعبر عنه في « تصحيحه » بـ (الصواب)[٣] ، وليس كذلك ؛ ففيه وجه في « الكفاية » بالمنع في الحضر مطلقاً .

ثانيها : قد يتوهم من عبارته أنه مخير بين الإقراض والإيداع ، وليس كذلك ، بل لا يجوز الإيداع مع القدرة على الإقراض .

ثالثها : محل ذلك : في غير القاضي ، أما القاضي : فله إقراض مال المحجور مطلقاً على الأصح ، وصحح السبكي : المنع عند عدم الضرورة ، وقال : لم أر الجواز لغير البغوي والرافعي[٤] .

٢٢٥٢ـ قوله : (**وإن احتاج الوصي أن يأكل من مال اليتيم شيئاً . . أكله ورد البدل ، وقيل : لا يرد**)[٥] فيه أمور :

أحدها : أن ذلك لا يتقيد بالوصي ، بل الأب والجد أولىٰ بذلك ، وهما مفهومان من طريق الأولىٰ ، فذكر ابن الرفعة : أنه لاخلاف أنهما عند الحاجة يأخذان قدر الكفاية ، وسواء كانا صحيحين أم لا ؛ لأنهما وإن كانا صحيحين قادرين على التكسب . . لكنه قد تعذر ذلك عليهما بسبب حفظ المال ؛ ولذلك أطلق « الحاوي » قوله [ص ٣١٣] : (**ويأكل الفقير بالمعروف**) لكن دخل في عبارته الحاكم ، وهو مستثنىٰ من جواز الأخذ ، استثناه صاحب « التعليقة » .

ثانيها : أورد عليه النشائي في « نكته » : أنه يشترط مع فقره : انقطاعه عن كسبه بسبب القيام باليتيم[٦] ، ولا يرد ذلك عليه ؛ لكونه مفهوماً من لفظ (الحاجة) فإنها لا تصدق إلا باجتماع الفقر والاشتغال بالمال عن الكسب .

---

(١) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٣/ ٢٥٩) .
(٢) الروضة (٤/ ١٩١) .
(٣) تذكرة النبيه (٣/ ١٢١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٨٣) ، و« الروضة » (٤/ ١٩١) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) .
(٦) نكت النبيه على أحكام التنبيه (ق ٩٦) .

نعم ؛ يرد ذلك على اعتبار « الحاوي » الفقر خاصة .

ثالثها : تعبيره وتعبير « الحاوي » بـ (الأكل) ليس المراد به حقيقته ، وإنما خص بالذكر ؛ لأنه أعم وجوه الانتفاعات .

رابعها : ظاهره أنه يأخذ قدر النفقة ، وهو الذي رجحه الرافعي[1] ، ورجح النووي : أنه يأخذ أقل الأمرين من النفقة وأجرة المثل ، فقال : إنه المعروف في كتب العراقيين ، ونص عليه الشافعي[2] ، وقد يفهم من قول « الحاوي » : [ص ٣١٣] : (**بالمعروف**) اعتبار أجرة المثل ، وهو الذي ذكره الماوردي[3] .

خامسها : ظاهره أنه يستبد بالأخذ من غير مراجعة حاكم ، وبه صرح ابن الصلاح في « فتاويه »[4] ، وقياسه : أنه يستبد برده أيضاً على القول برد البدل ، وهو ظاهر كلام « التنبيه » أيضاً ، لكن صرح الرافعي في (الوصايا) بأنه إنما يرده للحاكم ؛ لأنه لا يبرىء نفسه بنفسه[5] .

سادسها : الأصح : أنه لا يرد البدل ، وهو ظاهر كلام « الحاوي » لسكوته عنه .

سابعها : لا يختص باليتيم ؛ فالمجنون البالغ والسفيه كذلك ؛ ولذلك أطلقه « الحاوي » .

٢٢٥٣ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٣] : (**ويجب حفظ مال الطفل**) كذلك المجنون والسفيه .

٢٢٥٤ـ قوله : (**واستنماؤه قدر النفقة**)[6] أي : والزكاة ومؤن الملك إن أمكن ذلك دون المبالغة فيه ، وطلب الغاية .

٢٢٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**وإن بلغ الصبي وادعىٰ أنه باع العقار من غير غبطة ولا ضرورة ؛ فإن كان الولي أباً أو جداً . . فالقول قولهما ، وإن كان غيرهما . . لم يقبل إلا ببينة**) فيه أمران :

أحدهما : أنه لا يختص ذلك بالعقار ؛ فسائر أمواله كذلك على الأصح ؛ ولذلك عبر « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٨] : (**ادعىٰ بيعاً بلا مصلحة**) ، لكن اختار السبكي التفصيل ، فيصدق علىٰ غير الأب والجد في العقار خاصة ، ويصدق الولي في غير العقار ؛ للاحتياط في العقار .

ثانيهما : دخل في قوله : (**غيرهما**) : الحاكم ، وقال السبكي : لم أر للأصحاب تصريحاً به ، ثم ذكر أنه هو المصدق بلا يمين إن كان علىٰ ولايته ، وإن كان بعد عزله . . ففيه نظر ، وحكىٰ

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨٢/٥) .
(٢) انظر « الروضة » (١٩٠/٤) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٣٥٢/٦) .
(٤) فتاوى ابن الصلاح (٢٩٢/١) مسألة (١٥٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٢٧٢/٧) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٣١٣) .

في « التوشيح » عن والده : أنه قال في جواب سؤال : هـٰذا ما ذكرت في « شرح المنهاج » ، والذي يظهر لي الآن : أنه كسائر تصرفات الحاكم محمولة على السداد حتىٰ يعلم فسادها ، **فالحق** : أنه لا فرق بين أن يكون باقياً علىٰ ولايته أو لا ، وأنه يقبل قوله ؛ لأنه حين تصرف كان نائب الشرع . انتهى[١] .

وعبر « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٨] : (**وإن ادّعاه على الوصي والأمين**) فخرج بذلك الحاكم .

٢٢٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**وإن ادعىٰ أنه دفع إليه المال .. لم يقبل إلا ببينة**) يشمل الأب والجد ، وأقره النووي في « التصحيح »[٢] ، وصرح به ابن الرفعة ، ولم يذكره في « الروضة » وأصلها إلا في الوصي[٣] .

* * *

(١) انظر « حاشية الرملي » (٢/٢١٢) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/٣٢٠) .
(٣) الروضة (٤/١٨٨) .

بابُ الصُّلْح

٢٢٥٧ـ قول « التنبيه » [ص١٠٣] : (**الصلح بيع**) لا ينحصر في البيع ، بل يكون إجارة أيضاً فيما إذا صالح علىٰ منفعة ، ويجمعهما صلح المعاوضة ، وإبراء فيما إذا صالح من الدين علىٰ بعضه ، وهبة فيما إذا صالح من العين علىٰ بعضها ، ويجمعهما صلح الحطيطة ، وقد ذكر « المنهاج » و« الحاوي » هذة الأقسام الأربعة[١] ، وبقيت عليهما أقسام أخرىٰ :

أحدها : أن يكون عارية ، كما إذا صالحه عن الدار المدعاة علىٰ أن يسكنها سنة . . ففي «الروضة» وأصلها : أنه إعارة للدار يرجع فيها متىٰ شاء ، وليس بمعاوضة ؛ لأن الرقبة والمنافع ملكه[٢] .

ثانيها : أن يكون فسخاً ، كما لو صالح من المسلم فيه علىٰ رأس المال قبل القبض ، قاله ابن جرير الطبري ، قال في « المهمات » : وهو صحيح ماش على القواعد ، كما قال الأصحاب : إن بيع المبيع قبل القبض للبائع بمثل الثمن الأول إقالة بلفظ البيع .

ثالثها : أن يكون سلماً ؛ بأن يجعل العين المدعاة رأس مال سلم ، ذكره ابن جرير أيضاً .

رابعها : أن يكون جعالة ؛ كقوله : (صالحتك من كذا علىٰ رد عبدي) .

خامسها : أن يكون خلعاً ؛ كقولها : (صالحتك من كذا علىٰ أن تطلقني طلقة) .

سادسها : أن يكون معاوضة عن دم العمد ؛ كقوله : (صالحتك من كذا علىٰ ما أستحقه عليك من قصاص في نفس أو طرف) .

سابعها : أن يكون فداء ؛ كقولك للحربي : (صالحتك من كذا علىٰ إطلاق هـٰذا الأسير) ، ذكر هـٰذه الأربعة في « المهمات » ، وقال : أهملها الأصحاب ، وهي واردة عليهم جزماً[٣] .

٢٢٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٥٩] (**فإن جرىٰ : علىٰ عين غير المدعاة . . فهو بيعٌ**) كذا في « المحرر »[٤] ، وهو مخرج لما إذا صالح من عين علىٰ دين ، وأول عبارة الرافعي في « الشرح » تتناول هـٰذه الصورة ؛ حيث قال : علىٰ غير العين المدعاة ، وآخرها يخرجها ؛ حيث قال : هـٰذا إذا صالح علىٰ عين أخرىٰ[٥] ، واقتصر في « الروضة » على العبارة الأولىٰ[٦] ، فتناولها ، ويوافقه قول

---

(١) الحاوي (ص ٣١٤) ، المنهاج (ص ٢٥٩) .
(٢) فتح العزيز (٥/ ٩٠) ، الروضة (٤/ ١٩٧) .
(٣) قال الرملي في « نهاية المحتاج » : (وتركها المصنف ككثير ؛ لأخذها من الأقسام التي ذكرها ، فاندفع قول الإسنوي : أهملها الأصحاب وهي واردة عليهم جزماً) .
(٤) المحرر (ص ١٨٢) .
(٥) فتح العزيز (٥/ ٨٥) .
(٦) الروضة (٤/ ١٩٣) .

« الحاوي » [ص ٣١٤] : (**الصلح علىٰ غير المُدَّعَىٰ بيعٌ**) لكن تقدم عن ابن جرير الطبري : أنه سماه سلماً ، ومقتضاه : أن لا يجري فيه أحكام البيع من خيار الشرط ونحوه .

٢٢٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**يصح ممن يصح منه البيع**) يقتضي أنه لا يفتقر لسبق خصومة بين المتصالحين كالبيع ، وهو وجه ، **والأصح** : خلافه ، فلو قال من غير سبق خصومة : (صالحني عن دارك بكذا) . . لم يصح ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، قال الرافعي : وكأنه عند عدم النية ، فإن نويا به البيع . . كان كناية بلا شك ؛ ففيه خلاف البيع بالكناية[2] ، وخالفه صاحب « المطلب » .

وأورد بعضهم علىٰ قول « الحاوي » [ص ٣١٤] : (**ولغا دون سبق خصومةٍ**) صلح الأجنبي لنفسه مع إقرار المدعىٰ عليه ؛ فإنه يصح ، ولا يعتمد خصومة على المذهب ؛ لترتبه علىٰ دعوىٰ وجواب .

وجوابه : أن كلامه في الصلح الجاري بين المتداعيين لا بين المدعي وأجنبي كما صرح به « المنهاج » .

٢٢٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**فإن صالح من دين علىٰ عينٍ أو علىٰ دينٍ . . لم يجز أن يتفرقا من غير قبض**) محله : إذا اتفقا في علة الربا ، فإن لم يكونا ربويين ، أو لم يتفقا في علة الربا . . جاز التفرق من غير قبض ، وإنما يشترط تعيين الدين في المجلس ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٩] : (**ولو صالح من دينٍ علىٰ عينٍ . . صح ؛ فإن توافقا في علة الربا . . اشترط قبض العوض في المجلس**) وقوله : (علىٰ عين) كذا في نسخة المصنف تبعاً لـ« المحرر »[3] ، وقال الشيخ برهان الدين بن الفركاح في « حواشيه » : وكأنه تصحيف ، قال : **وصوابه** : (علىٰ غيره) بغين معجمة ، ثم ياء ، ثم راء ، ثم هاء ؛ أي : علىٰ غير ذلك الدين ؛ احتراز مما إذا صالح علىٰ بعضه كما سيذكره بعده ، وأما لفظة : (عين) فغلط ؛ لأنها تنافي تفصيله الآتي بقوله : (**فإذا كان العوض عيناً**) إلىٰ قوله : (**أو ديناً**)[4] وذلك لا يستقيم إذا فرضت أولاً في الصلح علىٰ عين ، بخلاف لفظة : (**غيره**) فإنها تصدق على الدين والعين . انتهىٰ[5] .

وتصدق على المنفعة أيضاً ، فيصح الصلح علىٰ منفعة ويكون إجارة كما تقدم ؛ ولذلك عبر في

---

(١) الحاوي (ص ٣١٤) ، المنهاج (ص ٢٥٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٨٧) .
(٣) المحرر (ص ١٨٢) .
(٤) المنهاج (ص ٢٥٩) .
(٥) بيان غرض المحتاج إلىٰ كتاب المنهاج (ق ١٢) .

« الروضة » وأصلها بـ (غيره)[1] ، وهو أعم من تعبير « التنبيه » أيضاً بـ (العين والدين) ، وقال السبكي : إن في بعض نسخ « المحرر » : (علىٰ عوض) ، قال : **وهو الصواب** ؛ لتقسيمه إياه بعد إلىٰ عينٍ ودينٍ .

٢٢٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : **(فإن صالح من ألف علىٰ خمس مئة . . لم يصح ، وقيل : يصح) الثاني هو الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » بقوله في الصلح من الدين علىٰ بعضه [ص ٢٦٠] : **(ويصح بلفظ الصلح في الأصح)** وهو مفهوم من إطلاق « الحاوي » صحة الصلح علىٰ بعض المُدَّعىٰ[2] .

٢٢٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٠] : **(فإن عجَّل المؤجل . . صح الأداء)** محله : إذا لم يظن صحة الصلح ووجوب التعجيل ، فإن ظن ذلك . . استرد قطعاً ، كمن ظن أن عليه ديناً فأداه ، فبان خلافه ، قاله السبكي ، ويوافقه ما في « الروضة » وأصلها في (الكتابة) أن المكاتب لو عجل نجماً قبل المحل علىٰ أن يبرئه عن الباقي ، فأخذه وأبرأه . . لم يصح القبض والإبراء ، ولو قال : (أبرأتك عن كذا بشرط أن تعجل الباقي) ، أو (إذا عجلت كذا . . فقد أبرئتك عن الباقي) فعجل . . لم يصح القبض ولا الإبراء[3] ، وقال في « المهمات » : **تظافرت نصوص الشافعي على البطلان ، فلتكن الفتوىٰ عليه** ، ولاعبرة بما عداه .

٢٢٦٣ـ قوله : **(النوع الثاني : الصلح على الإنكار ، فيبطل إن جرىٰ علىٰ نفس المُدَّعَىٰ ، وكذا إن جرىٰ علىٰ بعضه في الأصح)**[4] فيه أمور :

أحدها : أن الصلح علىٰ سكوت كالصلح علىٰ إنكار ، كما صرح به سليم وغيره ، وهـٰذا وارد أيضاً على اقتصار « التنبيه » و« الحاوي » على الإنكار[5] .

ثانيها : أن عبارتهم تتناول ما إذا جرىٰ علىٰ إنكار ثم أقر بعد ذلك ، فمقتضاها : استمرار البطلان ، وبه صرح الماوردي[6] ، لكن استشكله السبكي ، وخالفه شيخنا الإمام البلقيني ، فقال : الذي يظهر أنها لا تخرَّج علىٰ مسألة من باع مال أبيه علىٰ ظن أنه حي فبان ميتاً ؛ لأن المدعىٰ عليه الذي صار مشترياً يدعي العين لنفسه ، فكيف يُعاوض ملكه بملكه علىٰ معتقده ظاهراً ؟ فمن أجل هـٰذا إقراره بعد ذلك لا يصح له الصلح ؛ لأنه كان له مندوحة عن ذلك بأن يقر ثم يصالح ، فلما

---

(١) الروضة (١٩٦/٤) .
(٢) الحاوي (ص ٣١٤) .
(٣) الروضة (٢٥٣/١٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٠) .
(٥) التنبيه (ص ١٠٤) ، الحاوي (ص ٣١٤) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٣٧٢/٦) .

قصر . . كان الصلح باطلاً ، بخلاف تلك المسألة ؛ فإن المشتري لا يدعي العين لنفسه ، وليس منه تقصير ، فكان **الأصح** فيه : الصحة[1] .

ثالثها : دخل في عبارتهم أيضاً : ما إذا أقام المدعي بعد الإنكار بيّنة ، والذي صرح به الماوردي في هـٰذه الصورة : صحة الصلح ؛ لثبوت الحق[2] ، ووافقه الغزالي بعد القضاء بالملك ، واستشكله قبله ؛ لأن له سبيلاً إلى الطعن .

رابعها : قوله : (**علىٰ نفس المدعىٰ**) لا يستقيم ؛ فإن (علىٰ) و(الباء) يدخلان في باب الصلح على المأخوذ ، و(من) و(عن) على المتروك ، **وصوابه** : (علىٰ غير المدعىٰ) بالغين المعجمة والراء ، وكذا هو في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[3] ، والذي في « المنهاج » تصحيف ، وفي « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**ثم صالح منه علىٰ شيء**) ، وأطلق « الحاوي » بطلان الصلح على الإنكار لا مع الأجنبي[4] .

خامسها : محل الخلاف المذكور هنا فيما إذا جرىٰ علىٰ بعضه : ما إذا كان المدعىٰ به عيناً ، فأما إذا كان المدعىٰ به ديناً ؛ فإن صالح منه علىٰ عين . . ففيه خلاف مرتب ، وأولىٰ بالبطلان ، فلا ينبغي التعبير فيه بـ (الأصح) لضعف مقابله ، وإنما ينبغي التعبير فيه بـ (الصحيح) ، وإن صالح منه علىٰ دين . . بطل جزماً ، فتستثنىٰ هـٰذه الصورة من محل الخلاف ، والله أعلم .

٢٢٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٠] : (**وقوله : « صالحني عن الدار التي تدعيها » ليس إقراراً في الأصح**) يستثنىٰ من الخلاف : ما إذا قال : (عن دعواك الكاذبة ، أو عن دعواك فقط ، أو صالحني فقط) . . فلا يكون إقراراً قطعاً .

٢٢٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**وإن صالح عنه أجنبي ؛ فإن كان المدعىٰ ديناً . . جاز الصلح ، وإن كان عيناً . . لم يجز حتىٰ يقول : « هو لك وقد وكلني في مصالحتك »**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا فرق بين الدين والعين ، فاعتبر في العين أن يقول : (هو لك وقد وكلني في مصالحتك) ، ولم يعتبر ذلك في الدين ، والذي في « الروضة » وأصلها التسوية بينهما في اشتراط قول الأجنبي : (وكلني المُدَّعىٰ عليه في الصلح وهو مقرٌ لك)[5] ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] .

---

(١) انظر « حاشية الرملي » (٢/ ٢١٧) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٧٢) .

(٣) المحرر (ص ١٨٣) ، فتح العزيز (٥/ ٩٠) ، الروضة (٤/ ١٩٨) .

(٤) الحاوي (ص ٣١٤ ، ٣١٥) .

(٥) الروضة (٤/ ١٩٩ ، ٢٠٠) .

(٦) الحاوي (ص ٣١٥) ، المنهاج (ص ٢٦٠) .

وقال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » : **الصواب** : بطلان صلح الأجنبي عن الدين أيضاً إذا أنكره المدعىٰ عليه حتىٰ يقول الأجنبي للمدعي : (حقك ثابتٌ)[1] .

ثانيها : مقتضىٰ عبارتهم جميعاً : أنه لا يكفي قوله : (**وكلني في مصالحتك**) ، وهو ماش **على الأصح** في أن قوله : (صالحني عما تدعيه) ليس إقراراً ، فإن قلنا : إنه إقرار . . **فقياسه** : الاكتفاء بالوكالة هنا ، ويوافقه تصحيح الماوردي الصحة فيما لو قال المنكر للأجنبي : (وكلتك في الصلح) لقطع الخصومة[2] .

ثالثها : أنه اكتفىٰ بقوله : (**هو لك**) ، وكذا ذكره القاضي أبو الطيب ، **وصححه** الماوردي[3] ، وسكت عليه النووي في « تصحيحه » ، والذي في « المنهاج » و« الحاوي » أن يقول : (**هو مقر لك**)[4] ، وحمل ابن يونس كلام « التنبيه » عليه ، وفي « الروضة » وأصلها : لو قال في العين : هو منكر ، ولكنه مبطل ، فصالحني له علىٰ عبدي هـٰذا ؛ لتنقطع الخصومة بينكما . . فوجهان ، قال الإمام : **أصحهما** : لا يصح ؛ لأنه صلح إنكار ، فإن كان ديناً . . **فالمذهب** : القطع بالصحة ، والفرق : أنه لا يمكن تمليك الغير عين مال بغير إذنه ، ويمكن قضاء دينه بغير إذنه[5] .

رابعها : في « الروضة » من زوائده : لو قال : (صالحني عن الألف الذي لك علىٰ فلان علىٰ خمس مئة) . . صح ، سواء كان بإذنه أم لا ؛ لأن قضاء دين غيره بغير إذنه جائز . انتهىٰ[6] .

وهـٰذا يقتضي أنه لا يعتبر التوكيل في المصالحة ، وهو إن صح وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

واعلم : أن عبارة « المنهاج » في هـٰذه المسألة [ص ٢٦٠] : (**فإن قال : « وكلني المدعىٰ عليه في الصلح وهو مقر لك » . . صح**) ، ثم قال : (**ولو صالح لنفسه والحالة هـٰذه . . صح**) ، وعبارة « المحرر » : (**فإن قال الأجنبي** : « إن المدعىٰ عليه وكلني في الصلح وهو مقرٌّ في الظاهر ، أو غير مقر إلا أن الأجنبي قال : إنه أقر عندي ووكلني . . صح الصلح ، وإن صالح لنفسه والمدعىٰ عليه مقرٌّ . . صح)[7] .

---

(١) تذكرة النبيه (٣/١٢٦ ، ١٢٧) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٧٤) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٧٤) .

(٤) الحاوي (ص ٣١٥) ، المنهاج (ص ٢٦٠) .

(٥) الروضة (٤/ ٢٠٠ ، ٢٠١) ، وانظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٥٧ ، ٤٥٨) .

(٦) الروضة (٤/ ٢٠٠) .

(٧) المحرر (ص ١٨٣) .

قال السبكي : والوافي بالاختصار أن يقول : فإن قال : (وكلني المدعىٰ عليه في الصلح وهو مقر) ، أو قال : (هو مقرٌ لك) . . صح ، ولو صالح لنفسه في الحالة الأولىٰ . . صح ، ولو أسقط قوله : (لك) ، فقال : (وهو مقر) . . صح ، لكن فيه إسقاط المسألة الثانية ؛ أعني : إقراره في الباطن ، والإتيان بالأولىٰ ، وهو الإقرار ظاهراً ، ولو بقينا ما في « المنهاج » . . انعكس الحال ، وسقط الشراء لنفسه من المسألة الأولىٰ ، وهي : الإقرار ظاهراً ، وذكره في الثانية ، وهي : الإقرار باطناً ، وليس ذلك في « المحرر » ولا في « الشرح » و« الروضة » . انتهىٰ .

وقال شيخنا الإسنوي : كلامه يقتضي أنه لا فرق في الصحة بين أن يقر ظاهراً أو باطناً ، وهو في الظاهر مسلم ، وأما في الباطن : فلم يصرح الرافعي ولا « المصنف » بحكمه في شيء من كتبهما ، حتىٰ في « المحرر » ، وصرح بها الإمام ، واقتضىٰ كلامه : أنه كشراء المغصوب ، وهو واضح . انتهىٰ[1] .

ثم محل الصحة : ما إذا كان المُدَّعىٰ عيناً ، فإن كان ديناً . . فهو بيع الدين لغير من هو عليه ، وقد تقدم في « المنهاج » أن **الأظهر** : بطلانه[2] ، **وصحح** في « الروضة » من زوائده : صحته ، وقد تقدم[3] .

وقول « المنهاج » في هـٰذه الصورة : (**وكأنه اشتراه**) قال شيخنا ابن النقيب : إنه أحسن من قوله في « الروضة » : (كما اشتراه) فإنه شراء حقيقة ، فلا معنىٰ للتشبيه[4] .

قلت : التشبيه موجود في العبارتين معاً ، والمراد : كما لو اشتراه بلفظ الشراء لا بلفظ الصلح ، والله أعلم .

٢٢٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**فإن قال : « هو لك وصالحني عنه علىٰ أن يكون لي » . . جاز**) محله : ما إذا كان قادراً على انتزاعه لأنه مغصوب ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٦٠] : (**فهو شراء مغصوب ، فيُفَرَّقُ** بين **قدرته على انتزاعه وعدمها**) وهو معنىٰ قول « التنبيه » عقبه [ص ١٠٤] : (**فإن سلم له . . انبرم ، وإن لم يسلم . . رجع فيما دفع**) أي : إن سلم له بقبضه من غاصبه . . انبرم ؛ أي : لزم ، وإن لم يسلم لعجزه عن قبضه . . رجع فيما دفع إن اختار فسخ العقد ، ولكنها عبارة غير مفصحة عن المقصود .

وقد أورد شيخنا الإسنوي وغيره على « التنبيه » : أن عبارته تتناول ما إذا كان ديناً مع أنه باطل

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٥٧) ، و« السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٦٧ ، ٢٦٨) .

(٢) المنهاج (ص ٢٢٥) .

(٣) الروضة (٣/ ٥١٤) .

(٤) السراج علىٰ نكت المنهاج (٣/ ٢٦٨) ، وانظر الروضة (٤/ ٢٠٠) .

كما تقدم على اضطراب فيه ، **والحق** : أنه لا يرد ؛ لأن كلام « التنبيه » في العين .

نعم ؛ يرد ذلك على « المنهاج » لإطلاقه ، إلا أن يؤخذ أن كلامه في العين من قوله في بعض نسخه : (**انتزاعها**) ، وكذا في « المحرر »[1] ، ولكن في بعض نسخ « المنهاج » : (**انتزاعه**) ، وقد سلم من ذلك « الحاوي » بقوله [ص ٣١٥] : (**ولنفسه في العين إن قال** : « **مبطلٌ** » ، **وقدر على الانتزاع**) لكن ظاهر قوله : (**وقدر**) أنه لا يكفي مجرد ظنه القدرة ، بل لا بد من حصول القدرة ، وهو وجه ، **والأصح** : الاكتفاء .

٢٢٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٠] : (**وإن لم يقل** : « **هو مبطل** » . . **لغا الصلح**) يتناول ثلاث صور :

أحدها : هو محق .

والثانية : لا أعلم حاله .

والثالثة : أن يقول : (صالحني) ولا يذكر شيئاً ، وهذه الثالثة ليست في « الروضة » وأصلها ، وقال السبكي : إن الأمر فيها كما يفهمه إطلاق « المنهاج » ، وقواه بكلام للماوردي[2] .

فصل

[الصلح والتزاحم على الحقوق المشتركة]

٢٢٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٠] : (**الطريق النافذ لا يُتصرف فيه بما يضر المارة**) نبه في « الدقائق » على أنه أحسن من تعبير« المحرر » : (بما يبطل المرور) لأن كل ما أبطل ضر ، بخلاف العكس ، فتعبير « المنهاج » أعم[3] .

قلت : لكن قوله بعد : (**ولا يشرع فيه جناحٌ ولا ساباطٌ يضرهم**)[4] غير محتاج إليه ؛ لدخوله في عبارته أولاً ، وإنما ذكره في « المحرر » لأنه لم يدخل في عبارته أولاً ، فلو قال : (فيشترط ارتفاع الجناح والساباط . . . إلى آخره) . . لاستقام .

وقال السبكي : ذكر الجناح والساباط في « المنهاج » تخصيص بعد تعميم ، بخلافهما في « المحرر »[5] .

---

(١) المحرر (ص ١٨٣) .

(٢) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٣/٢٦٩) .

(٣) الدقائق (ص ٦٢) ، وانظر « المحرر » (ص ١٨٣) .

(٤) المنهاج (ص ٢٦٠) .

(٥) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٣/٢٦٩ ، ٢٧٠) .

٢٢٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**ويجوز أن يشرع الرجل جناحاً إلىٰ طريق نافذ إذا كان عالياً لا تستضر به المارة**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يخفىٰ أن لفظ (الرجل) لا مفهوم له في ذلك ؛ فالمرأة والخنثىٰ كذلك .

ثانيها : أنه لم يذكر للعلو الذي اعتبره ضابطاً ، وضبط ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٢٦٠ ، ٢٦١] : (**بحيث يمر تحته** ـ أي : الماشي ـ **منتصباً . وإن كان ممر الفرسان والقوافل . . فليرفعه بحيث يمر تحته المحمل على البعير مع أخشاب المظلة**) وهو معنىٰ قول « الحاوي » عطفاً على الممتنع [ص ٣١٥] : (**وضار بالمار منتصباً والمحمل مع الكنيسة إن وسع**)[1] ، واعتبر الماوردي في غير ممر الفرسان مع إمكان مرور الماشي منتصباً : أن يسعه وفوق رأسه الحمولة العالية[2] ، ومال إليه في « المطلب » .

ثالثها : ظاهره أنه لا يعتبر انتفاء ضرر المارة إلا من جهة عدم العلو خاصة ، وليس كذلك ، فمقتضىٰ لفظ الشافعي والأكثرين أن يشترط أيضاً : ألاَّ يُظْلِم الموضع[3] ، وصرح به منصور التميمي ، وقيل : لا أثر لذلك ، وقيل : إن منعه ألبتة . . منع ، وإلا . . فلا ، وهـٰذا وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

رابعها : يستثنىٰ من عبارتهم جميعاً : الذمي ، فيمنع من إشراع الجناح إلىٰ شارع نافذ وإن جاز له استطراقه ؛ لأنه كإعلاء البناء ، **صححه في** « الروضة » وقال : إنه من المهمات المستفادة[4] .

قلت : وأفتيت بمنعه من البروز ببنائه في البحر على المسلمين قياساً علىٰ منع الإعلاء والجناح ، ولم أره منقولاً .

٢٢٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦١] : (**ويحرم الصلح علىٰ إشراع الجناح ، وأن يبني في الطريق دَكَّةً ، أو يغرس شجرة**) لا يتخيل في قوله : (**وأن يبني**) أنه معطوف علىٰ (**إشراع**) فإنه لا يلزم منه تحريم أصل البناء ، والحكم تحريمه ، فهو معطوف علىٰ (**الصلح**) معمول لـ (**يحرم**) أي : يحرم الصلح وبناء دكة ، وأوضح من ذلك قول « الحاوي » [ص ٣١٥] : (**ولا يتصرف في الشارع بغرس ، وبناء دكة**) ، ويشكل علىٰ ذلك : أنه يجوز غرس الشجر في المسجد مع الكراهة ، كما في « الروضة » من زيادته في آخر شروط الصلاة[5] .

---

(١) الكنيسة : أعواد مرتفعة في جوانب المحمل يكون عليها ستر دافع للحر والبرد . انظر « مغني المحتاج » (١/ ٤٦٤) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٧٧) .

(٣) انظر « الأم » (٣/ ٢٢١ ، ٢٢٢) .

(٤) الروضة (٤/ ٢٠٦) .

(٥) الروضة (١/ ٢٩٧) .

وقال السبكي : ينبغي القول بجواز بناء الدكة عند فقد الضرر إذا كانت بفناء داره ؛ لأنها في حريم الملك ؛ ولأن الناس مازالوا يتخذون المساطب علىٰ دورهم من غير إنكار ، قال : ولم أر من صرح بالمسألة .

٢٢٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦١] : (**وغير النافذ يحرم الإشراع إليه لغير أهله ، وكذا لبعض أهله في الأصح إلا برضا الباقين**) فيه أمور :

أحدها : لو قال : (إلا برضا المستحقين أو أهله) . . لكان أولىٰ ؛ ليعود للمسألة الأولىٰ أيضاً ، وهي : ما إذا كان المشرع من غير أهله ؛ فإنه لا يصح التعبير فيها بالباقين .

ثانيها : المراد : رضاهم مجاناً ، ولا يجوز بأجرة ، وقد صرح به « التنبيه » في قوله [ص ١٠٤] : (**فإن صالحه مالكه علىٰ ذلك بعوض . . لم يجز**) ، وقد ذكره « المنهاج » في الشارع ، وكان ذكره هنا أولىٰ ؛ لفهم تلك من هـٰذه ، بخلاف العكس ، ويمكن أن يكون قول « المنهاج » [ص ٢٦١] : (**ويحرم الصلح علىٰ إشراع الجناح**) عاماً في الطريق النافذ وغير النافذ والأرض المملوكة ، وإن كان إنما ذكره في قسم الطريق النافذ ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**ولا يجوز أن يشرع إلىٰ درب غير نافذ إلا بإذن أهل الدرب ، وقيل : يجوز**) وهو سالم من هـٰذين الاعتراضين ، لكن يرد عليه : أنه يفهم جريان وجه الجواز فيما إذا لم يكن من أهله ، وليس كذلك ، بل هو خاص بما إذا كان من أهله كما ذكره « المنهاج » .

ثالثها : يرد عليهما وعلى « الحاوي » : ما إذا كان في غير النافذ مسجد ؛ فإن الرافعي نقل عن ابن كج وأقره : أنه لا يجوز في هـٰذه الصورة لأهل الدرب سدّ بابه وقسمة الصحن بينهم ؛ لأن المسلمين كلهم يستحقون الاستطراق إليه[1] ، ثم قال الرافعي : وعلىٰ قياسه لا يجوز الإشراع عند الإضرار وإن رضي أهل السكة ؛ لحق سائر المسلمين[2] .

قال في « المطلب » : وهـٰذا يفهم أن أهل السكة إذا رضوا حيث لا ضرر . . جاز الإشراع ، والذي يظهر أن يقال : إن كان الزقاق حيث أُحْيِيَ . . أحيِيَت بقعة المسجد مسجداً ، فالأمر كما يفهمه كلامه ، بل ينبغي جواز الإشراع حيث لا ضرر وإن لم يأذن أهل السكة ؛ لأنه بمنزلة الشارع العام ، لكن إن كان المسجد في أسفله . . ثبت الحكم المذكور في كله ، وإن كان في أوله أو وسطه . . ثبت الحكم المذكور من أول المسجد إلىٰ أول الزقاق ، وإن كانت بقعة المسجد أحييت ملكاً ثم وقفت مسجداً . . فلا يجوز الإشراع إليه بغير رضا من في السكة وإن لم يكن ضرر ، وعند إذنهم . . هل يجوز أم لا ؟ فيه نظر ، **والأشبه** : المنع ، هـٰذا كلام ابن الرفعة ، ونازعه شيخنا الإمام

---

(١) **الاستطراق** : جعل الشيء له طريقاً . انظر « النظم المستعذب » (١/ ٣٤٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٠٠) .

البلقيني في قوله : (**الأشبه** : المنع) ، وقال : **الصحيح** : الجواز إذا لم يضر ، وزاد حالة ثالثة ، وهي : ما إذا لم يُعْلَم هل أحييت مسجداً أو ملكاً ثم وقفت مسجداً ؟ وقال : هو محل نظر ، **والأقرب** : أنه لا منع ؛ لتحقق ملك فاتح الباب لجداره ، والشك في ثبوت حق لمانعه ، قال : ولم أره منقولاً .

رابعها : المتبادر إلى الفهم من عبارتهم : أن المراد بأهل الدرب : ملاكه ، فلا يعتبر حينئذ إذن المستأجر ، لكن في « الكفاية » عن أبي الفضل التميمي : اعتباره أيضاً إن تضرر به .

٢٢٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦١] : (**وهل الاستحقاق في كلها ؟**) كان ينبغي أن يذكر الضمير كما فعل فيما قبله ، فيقول : (في كله) لعوده علىٰ غير النافذ .

وقوله : (**لكلهم**)[١] ، لو قال : (لكل منهم) .. لكان أحسن .

٢٢٧٣ـ قول « التنبيه » فيمن ظهر داره إلىٰ درب لا ينفذ [ص ١٠٤] : (**وإن فتح لغير الاستطراق** .. **فقد قيل** : **يجوز** ، **وقيل** : **لا يجوز**) **الأصح** : الجواز ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، لكنهما عبرا بقولهما : (**إذا سمَّره**)[٢] فتعبير « التنبيه » أعم منهما ؛ لتناوله ما إذا فتحه للاستضاءة ، وحكمهما سواء ، **وصححه** أيضاً النووي في « تصحيح التنبيه »[٣] ، ونسب الرافعي تصحيحه إلى الكرخي فقط[٤] ، فقال النووي : **صححه** أيضاً صاحب « البيان » والرافعي في « المحرر » ، **وصحح** الجرجاني والشاشي : المنع ، وهو أفقه[٥] ، وقال في « المهمات » : الفتوىٰ على الجواز ؛ فقد نقله ابن جرير عن الشافعي .

٢٢٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦١] : (**ومن له فيه بابٌ ففتح آخر أبعد من رأس الدرب** .. **فلشركائه منعه**) فيه أمران :

أحدهما : أن (مِنْ) هـٰذه هي المعدية لأَبْعَدَ ، وحذفت (من) التي يُجَرُّ بها المُفَضَّل عليه هي ومجرورها ؛ أي : أبعد من رأس الدرب من بابه ، فكان ينبغي أن يأتي بهـٰذه الزيادة ، أو يقول : (أبعد عن رأس الدرب) ليزول هـٰذا الإلباس[٦] .

وقد سلم من ذلك قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**وإن كان في أول الدرب فأراد أن يؤخره إلىٰ وسطه أو آخره** .. **لم يجز**) ، وإطلاق « الحاوي » الاحتياج إلى الإذن إذا لم يكن أقرب بسد الآخر[٧] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٦١) .
(٢) الحاوي (ص ٣١٦) ، المنهاج (ص ٢٦١) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٢٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٠٠) .
(٥) الروضة (٤/ ٢٠٨) ، وانظر « البيان » (٦/ ٢٦٦) ، و« المحرر » (ص ١٨٤) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٧٢) .
(٧) الحاوي (ص ٣١٦) .

ثانيهما : عبارته توهم أن لجميع شركائه المنع ، وليس كذلك ، بل يختص ذلك بمن بابه أبعد من باب الفاتح دون من بابه أقرب إلىٰ رأس الدرب **على الأصح** ، وهو مفهوم مما صححه « المنهاج » فيما تقدم : أنه تختص شركة كل واحد بما بين رأس الدرب وباب داره[1] ، وقول « الحاوي » [ص ٣١٥] : (**وغير النافذ ملك كلٍ إلىٰ بابه**) ولم يتعرض لذلك « التنبيه » .

بقي : مَنْ بابُهُ مقابل المفتوح لا فوقه ولا تحته . . هل له المنع ؟ لم يتعرض الرافعي لذلك ، ونقل في « الروضة » من زيادته عن الإمام : أنه كمن هو أقرب إلىٰ رأس السكة . . ففيه الوجهان ؛ أي : **والأصح** : أنه لا منع له ، وأقره علىٰ ذلك[2] .

وتعقبه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : المقابل مشارك علىٰ هـٰذا الوجه في القدر الذي فتح فيه الباب . . فله المنع .

وقال في « المهمات » : إن ما نقله عن الإمام ظاهر ، والمراد بالمفتوح : الباب القديم ، قال : ولو كان المراد : الجديد . . لكان المنع متفقاً عليه .

٢٢٧٥ـ قول « التنبيه » في المسألة [ص ١٠٤] : (**فأراد أن يقدمه إلىٰ وسطه أو أوله . . جاز**) قيده في « الكفاية » بما إذا سد الأول ، فإن لم يسده . . منع كما في « المنهاج » وأصله و« الحاوي »[3] ، ولا حاجة لهـٰذا القيد ؛ لأن هـٰذا زيادة باب لا تقديمٌ له ، ويشترط مع السد : ألاَّ يجعل المسدود دهليزاً لداره إذا كانت داره آخر الدرب عند من يجعل الشركة في جميع السكة للجميع ، فإن فرعنا **على الأصح** : أن شركة كل واحد تختص بما بين رأس الدرب وباب داره . . فليس لهم منعه ، ذكره في زيادة « الروضة »[4] .

٢٢٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦١] : (**ومن له داران تفتحان إلىٰ دربين مسدودين ، أو مسدودٍ وشارعٍ ، ففتح باباً بينهما . . لم يُمنع في الأصح**) هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٣١٦] : (**ولا في داره من أخرىٰ**) أي : فإنه لا يحتاج إلىٰ إذن ، قال الرافعي : موضع الوجهين : ما إذا سد باب إحداهما وفتح الباب لغرض الاستطراق ، أما إذا قصد اتساع ملكه ونحوه . . فلا منع قطعاً[5] .

قال النووي : هـٰذه العبارة فاسدة ؛ فإنها توهم اختصاص الخلاف بما إذا سد باب إحداهما ، وذلك خطأ ، بل **الصواب** : جريان الوجهين إذا بقي البابان نافذين ، وكل الأصحاب مصرحون به ، قال أصحابنا : ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة وترك بابيهما علىٰ حالهما . . جاز

---

(١) المنهاج (ص ٢٦١) .
(٢) الروضة (٤/٢٠٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (٦/٤٦٨) .
(٣) المحرر (ص ١٨٤) ، الحاوي (ص ٣١٥) ، المنهاج (ص ٢٦١) .
(٤) الروضة (٤/٢٠٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/١٠١) .

قطعاً ، وممن نقل اتفاق الأصحاب علىٰ هـٰذا القاضي أبو الطيب في « تعليقه » ، **فالصواب** : أن يقال : (موضع الوجهين إذا لم يقصد اتساع ملكه) ، قال : وقوله : (**الأصح** : الجواز) تابع فيه صاحب « التهذيب » ، وخالفه أصحابنا العراقيون ، فنقلوا عن الجمهور : المنع ، بل نقل القاضي أبو الطيب اتفاق الأصحاب على المنع ، قال : وعندي أنه يجوز ، هـٰذا كلام « الروضة »[1] .

واعترضه شيخنا الإمام البلقيني ، فقال : ليس ذلك بخطأ ؛ فقد صرح به المتولي في « التتمة » في (إحياء الموات) ، فقال : إن أراد أن يرفع الحاجز بينهما ويجعلهما داراً واحدة ويترك البابين علىٰ ما كانا ويستطرق من كل واحد منهما إلىٰ داره . . فليس لأحد منعه ؛ لأنه متصرف في خالص ملكه ، وكذلك لو أراد أن يفتح باباً من إحداهما إلى الأخرىٰ . . فالحكم كذلك ، فأما إن أراد أن يرفع الحاجز بينهما ، أو يفتح باباً من إحداهما إلى الأخرىٰ ويسد أحد البابين ويستطرق إلى الدارين من أحد الدربين . . فهل لأهل الدرب منعه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فحكى الوجهين ، **وصحح** : أنه ليس لأهل الدرب المنع . انتهىٰ .

قال شيخنا البلقيني : وعجب من النووي كيف خطَّأ الإمام في شيء ثم ما تم له جملة الاستدلال إلا وهو يستدل علىٰ نفسه ؟! حيث قال : قال أصحابنا : ولو أراد رفع الحائط بينهما وجعلهما داراً واحدة ويترك بابيهما علىٰ حالهما . . جاز قطعاً ، وذلك عين ما قال الإمام . انتهىٰ .

٢٢٧٧ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وحيث مَنعَ فَتْحَ الباب فصالحه أهل الدرب بمالٍ . . صح**)[2] ، قال ابن الرفعة : هـٰذا إذا لم يكن فيه مسجد ، فإن كان فيه مسجد ؛ فإن للمسلمين فيه حقاً . . فلا تجوز المصالحة عليه ؛ أي : علىٰ ما يتعلق بالمسجد ، ويبقى النظر في أنه هل يجوز من غير إذن ؟

قلت : **والظاهر** : الجواز من غير استئذان يخص المسجد بعد أن يأذن الشركاء بالنسبة لبيوتهم ؛ لأنه بالنسبة إلى المسجد كشارع مطروق .

٢٢٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣١٦] : (**ويجوز فتح الكوَّات**) قيده صاحب « الشافي » بما إذا كانت عالية لا يقع النظر فيها علىٰ دار جار .

٢٢٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**وإن حصلت أغصان شجرته في هواء غيره فطولب بإزالتها . . لزمه ذلك ، فإن امتنع . . كان لصاحب الدار قطعها**) محله : فيما إذا لم يمكن ليُّها لكونها يابسة ، فإن كانت رطبة . . فلا يقطعها ، بل يلويها .

---

(١) الروضة (٤/٢٠٩) ، وانظر « التهذيب » (٤/١٥٠) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٢٦١) .

٢٢٨٠ـ قوله : (**فإن صالح عنه علىٰ عوض . . لم يجز**)[١] محله : فيما إذا صالح على الهواء ، وكذا لو كانت الأغصان مستندة لجداره وهي رطبة **في الأصح** ، فإن كانت يابسة . . فيجوز الصلح .

٢٢٨١ـ قول « المنهاج » في الجدار المختص [ص ٢٦١] : (**ليس للآخر وضع الجُذُوع عليه في الجديد ، ولا يُجْبَرَ المالك**) فيه أمور :

أحدها : قد يفهم من تعبيره وتعبير « التنبيه » بالوضع اختصاص الخلاف بذلك ، وأنه لا يجوز إدخال الجذوع في الحائط قطعاً[٢] ، وليس كذلك ، بل الخلاف جار فيه أيضاً .

ثانيها : عبارته تقتضي أن مقابله قديمٌ محضٌ ، وليس كذلك ، بل هو منصوص عليه في « الجديد » أيضاً ، حكاه البويطي عن الشافعي ، وهو من رواة الجديد ، قال البيهقي في (إحياء الموات) : لم نجد في سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يعارض هـٰذا الحديث ؛ أي : في النهي عن منع الجار من ذلك ، قال : ولا يصح معارضته بالعمومات ، وقد نص الشافعي في القديم والجديد على القول به ، فلا عذر لأحد في مخالفته[٣] .

ثالثها : أطلق هو و« التنبيه » القول القديم ، وله شروط : ألاَّ يحتاج مالكه إلىٰ وضع جذوعه عليه ، وألاَّ يزيد الجار في ارتفاع الجدران ، ولا يبني عليه أَزَجاً[٤] ، ولا يضع عليه ما يضره ، وألاَّ يملك شيئاً من جدران البقعة التي يسقفها ، أو لا يملك إلا جداراً واحداً[٥] .

وعكس الإمام ، فقال : إن كانت الجدر كلها لغيره . . فلا يضع ، وإن كان له ثلاثة والرابع لجاره . . وضع[٦] .

ووافقه المتولي ، وزاد : إذا لم يكن له إلا جانب أو جانبان . . فوجهان جاريان فيما إذا لم يملك إلا الأرض . انتهىٰ[٧] .

وكيف يقال : إن المتولي وافق الإمام مع تصريحه بإجراء الوجهين فيما إذا لم يملك إلا الأرض ؟! أي : ولم يملك شيئاً من الجوانب ، والإمام جازم في هـٰذه الصورة بأنه لا يضع ، والله أعلم .

رابعها : استثني من القولين : الساباط إذا أراد بناءه علىٰ شارع أو درب غير نافذ ، وأن يضع

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٤) .
(٢) التنبيه (ص ١٠٤) .
(٣) انظر « معرفة السنن والآثار » (٤/ ٥٤٣ ، ٥٤٤) .
(٤) **الأزج** : بناء مستطيل مقوس السقف . انظر « المعجم الوسيط » (١/ ١٥) .
(٥) انظر « مغني المحتاج » (٢/ ١٨٧) ، و« نهاية المحتاج » (٤/ ٤٠٥) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٦/ ٤٨٢) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٠٤) ، و« السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٧٤) .

طرف الجذوع علىٰ حائط جاره المقابل ، فلا يجوز ذلك إلا بالرضا قطعاً ، قاله المتولي وغيره[1] ، ومشىٰ عليه في « المطلب » ، وهـٰذا وارد أيضاً علىٰ إطلاق « التنبيه » حائط جاره ؛ لشموله الملاصق والمقابل ، وقد لا يرد على « المنهاج » لوضعه المسألة في الجدار بين مالكين ، وهـٰذا الجدار ليس بين مالكين ، بل بين مالك وشارع .

خامسها : قد يفهم من قول « المنهاج » : (**ولا يجبر المالك**) أن هـٰذا الحكم مجزوم به ، وأن القولين إنما هما في الجواز ابتداء ، وليس كذلك ، فحذفه أولىٰ ، وجوابه : أن هـٰذا مفرع على **الجديد** .

٢٢٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٢] : (**فلو رضي بلا عوض . . فهو إعارة ؛ له الرجوع قبل البناء عليه ، وكذا بعده في الأصح**) يخالفه قول الرافعي في الكلام علىٰ بيع الشجر : وقد يستحق [علىٰ][2] المالك المنفعة لا إلىٰ غاية كما لو أعار جداره ليضع غيره الجذوع عليه[3] ، **والمعتمد** هو المذكور هنا .

٢٢٨٣ـ قوله : (**وفائدة الرجوع : تخييره بين أن يبقيه بأجرةٍ أو يقلع ويغرم أرش نقصه**)[4] كذا **صححه** في « الروضة » هنا[5] ، وسيأتي في « المنهاج » نظيره في العارية للبناء والغراس ومخالفة « الروضة » وغيرها له ، قال الرافعي هنا : ولا تجيء الخصلة الثالثة فيمن أعار أرضاً للبناء ، وهي التملك بالقيمة ؛ لأن الأرض أصل ، فاستتبع[6] .

٢٢٨٤ـ قوله : (**فإن أَجَّرَ رأس الجدار للبناء . . فهو إجارةٌ**)[7] قد يفهم أنه علىٰ قياس الإجارات في اشتراط بيان المدة ، **والأصح** : خلافه .

٢٢٨٥ـ قوله : (**ولو انهدم الجدار فأعاده مالكه . . فللمشتري إعادة البناء**)[8] لو حذف لفظ (**الإعادة**) ، وقال : (فللمشتري البناء) . . لكان أولىٰ ؛ ليتناول ابتداء البناء إن لم يكن بنىٰ .

٢٢٨٦ـ قوله : (**وله أن يستند إليه ويسند متاعاً لا يضر**)[9] لفظة : (**لا يضر**) ليست في « المحرر » ، ولا بد منها .

---

(١) انظر « مغني المحتاج » (٢/١٨٧) ، و« نهاية المحتاج » (٤/٤٠٥) .
(٢) في « فتح العزيز » : (غير) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٤/٣٣٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٢) .
(٥) الروضة (٤/٢١٢) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/١٠٥) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٢) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٢) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٢) .

٢٢٨٧ـ قوله : (وليس له إجبار شريكه على العمارة في الجديد)[١] فيه أمران :

أحدهما : قال في « الروضة » : لم يبين الرافعي الأظهر من القولين ، وهو من المهمات ، **والأظهر عند جمهور الأصحاب** : الجديد ، **وصحح** صاحب « الشامل » : القديم ، وأفتىٰ به الشاشي ، وقال الغزالي في « الفتاوىٰ » : **الأقيس** : أنه لا يجبر ، والاختيار : أنه إن ظهر للقاضي أن امتناعه مضارة . . أجبره ، وإن كان لإعسار أو لغرض صحيح أو شك فيه . . لم يجبر ، قال النووي : وهـٰذا التفصيل الذي ذكره الغزالي وإن كان أرجح من إطلاق القول بالإجبار . . **فالمختار الجاري على القواعد** : أن لا إجبار مطلقاً . انتهىٰ[٢] .

وممن صحح الإجبار صاحبا « الذخائر » و« المرشد » ، وأفتىٰ به ابن الصلاح[٣] ، **وصحح** عدم الإجبار صاحب « التنبيه » ، ومشىٰ عليه « الحاوي »[٤] ، **والحق** : أن الرافعي لا يحتاج إلىٰ بيان **الأظهر** ؛ فإن المقرر أن الجديد هو المعمول به إلا إذا بين خلاف ذلك .

ثانيهما : أطلق « التنبيه » و« المنهاج » القولين ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٥] ، وقيدهما الإمام والغزالي بعمارة يختل الملك بتركها[٦] ، ولا إجبار في الزيادة علىٰ ذلك قطعاً ، وقيدهما ابن داوود بما لا يقسم ، فإن أمكنت القسمة . . فلا إجبار قطعاً .

٢٢٨٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (فإن أراد إعادة منهدمٍ بآلةٍ لنفسه . . لم يمنع)[٧] قيده في « التعليقة » على « الحاوي » بما إذا اختص بالأسِّ ، وتبعه علىٰ ذلك البارزي ، والمنقول خلافه ، وقد قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : أساس الجدار مشترك بينهما ، فكيف جوزتم له بناءه بآلة نفسه ، وأن ينتفع به بغير إذن شريكه ؟ **فالجواب** : أن له حقاً في الحمل . . فكان له إعادته لأجل ذلك[٨] .

٢٢٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٣] : (ولو قال الآخر : « لا تنقضه وأغرم لك حصتي » . . لم تلزمه إجابته) هـٰذا مفرع على **الجديد** ، **فأما على القديم** ـ وهو لزوم العمارة ـ . . فعليه إجابته .

٢٢٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (فإن أراد أحدهما أن يبني . . لم يمنع منه) يتناول ما إذا بناه

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٢) .

(٢) الروضة (٤/٢١٦) ، وانظر « فتاوى الغزالي » (ص ٥٥) مسألة (٥٢) .

(٣) فتاوى ابن الصلاح (١/٢٢٧) مسألة (٧٢) .

(٤) التنبيه (ص ١٠٤) ، الحاوي (ص ٣١٦) .

(٥) الروضة (٤/٢١٦) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٩٧) ، و« الوسيط » (٤/٥٨) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٠٤) ، و« الحاوي » (ص ٣١٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٢) .

(٨) انظر « مغني المحتاج » (٢/١٩٠) .

بالآلة المشتركة ؛ فإنه قال بعده : (**وإن بناه بما وقع من الآلة . . فهو مشترك بينهما**)[1] ، وكذا صرح به في « المهذب »[2] ، قال في « الكفاية » : وهو مقتضىٰ كلام غيره من العراقيين والخراسانيين ، وقال في « المطلب » : إنه الأشبه ، وحكى الإمام اتفاق الأصحاب عليه[3] ، لكن جزم في « الروضة » و« المحرر » و« المنهاج » بالمنع من الإعادة بالنقض المشترك[4] ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٣١٦] : (**ولا تركها بآلته**) فإنه يفهم أنه يلزم بترك العمارة بالمشترك ، قال الرافعي في « الشرح » : وهو الظاهر من المنقول ، والمتوجه من جهة المعنىٰ ، مع أنه نقل المنع عن الإمام والغزالي[5] ، وأسقط ذلك من « الروضة » ذهولاً عنه ؛ لكونه مذكوراً في الكلام علىٰ ألفاظ « الوجيز » ، ورجح السبكي : أنه ليس لصاحب السفل منع صاحب العلو ، وللشريك في الجدار المشترك المنع .

وظاهر قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**فهو مشترك بينهما**) أي : كما كان ، وصرح به « المنهاج » فيما إذا تعاونا علىٰ إعادته بنقضه ، ثم قال : (**ولو انفرد أحدهما وشرط له الآخر زيادة . . جاز ، وكانت في مقابلة عمله في نصيب الآخر**)[6] .

واعترض عليه : بأنه إن كان التصوير في الإعادة بالنقض المشترك . . فشرطه : أن يجعل له الزيادة من النقض في الحال ، فإن شرطه بعد البناء . . لم يصح ؛ لأن الأعيان لا تؤجل ، قاله الإمام[7] ، وفيه بحث للرافعي ، وهو تخريجه على الخلاف فيما لو شرط للمرضعة جزءاً من الرقيق المرتضع في الحال[8] ، ووافقه ابن الرفعة إذا ورد بصيغة الإجارة دون ما إذا ورد بصيغة الجعالة ؛ لأن المحذور في الإجارة العمل في خالص ملكه .

ورده السبكي : بأن الإمام علل بأن الأعيان لا تؤجل ، وهو لازم في الجعالة لزومه في الإجارة ، هـٰذا كله إن صورت بالإعادة بالمشترك ، فإن صورت بالإعادة بآلة أحدهما . . خرج علىٰ قولي الجمع بين بيع وإجارة .

٢٢٩١ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٦] : (**وإن ادعىٰ على اثنين ملكاً ، وصدّق واحد وصالح . .**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٤) .
(٢) المهذب (١/٣٣٦) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٩٥) .
(٤) المحرر (ص ١٨٥) ، المنهاج (ص ٢٦٣) ، الروضة (٤/٢١٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/١١٢) .
(٦) المنهاج (ص ٢٦٣) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٦/٤٩٠) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٥/١١١) .

للمكذب الشفعة) اعترض عليه : بأنه مخالف لما في « الروضة » وأصلها في آخر (الإيلاء) في دار بين اثنين ادعىٰ أحدهما جميعها والآخر نصفها ، فصدقنا الثاني بيمينه ؛ لليد ، ثم باع مدعي الكل نصيبه من ثالث ، فأراد الآخر أخذه بالشفعة ، وأنكر المشتري ملكه . . أنه يحتاج إلى البينة ، ويمينه في الخصومة مع الشريك أفادت دفع ما يدعيه الشريك لا إثبات الملك له . انتهىٰ[١] .

وعلى الأول : فيستثنىٰ منه : ما إذا تعرض المكذب لكون الشريك المصدق مالكاً لنصيبه في الحال . . فإنه لا يأخذ بها ؛ فقد قال الرافعي في « الشرح الصغير » و« التذنيب » : إنه القياس[٢] ، وقال في « الكبير » : ينبغي القطع به[٣] ، وقال النووي : **إنه الصواب** ، وقطع به القاضي أبو الطيب في « تعليقه »[٤] .

٢٢٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٤] : (**وإن استهدم فنقضه أحدهما . . أجبر علىٰ إعادته ، وقيل : هو أيضاً علىٰ قولين**) أي : القولان السابقان .

ذكر في « الروضة » وأصلها عن « التهذيب » وغيره : **أن النص** : إجبار الهادم علىٰ إعادته ، وأن القياس : أنه يغرَّم نقصه ، ولا يجبر على البناء ؛ لأن الجدار ليس مثلياً[٥] ، وذكر في « المهمات » : أن الحائط متقومة بلا نزاع ، وأن **الصواب** : ما قاله في « الكفاية » و« المطلب » : أن المراد من نص الشافعي : إنما هو الإجبار علىٰ أن يبني مع شريكه ، وعبارة النص : (ويُؤخذ صاحب السُّفل بالبناء إذا كان هَدَمَه علىٰ أن يبنيه ، أو هدمه لغير علةٍ)[٦] ، قال في « المهمات » : وهـٰذا حق لا شك فيه ، وهو الذي فهمه صاحب « التعجيز » في اختصاره لـ« التنبيه » ، والنص محتمل للأمرين ، والأدلة القطعية تقتضي ما قلناه ؛ فتعين المصير إليه ، وجزم به الرافعي في (كتاب الغصب) ، فقال في أثناء تعليل : فصار كما لو هدم جدار الغير لا يكلف إعادته ، ونص عليه الشافعي في « البويطي » نصاً صريحاً . انتهىٰ[٧] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني بعد ذكر نص « البويطي » : فصار حينئذ في المسألة قولان للشافعي ، والنووي قال في « فتاويه » : إن الفتوىٰ علىٰ إيجاب الإعادة ، وإنه **المنصوص**

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٤٧) ، وأسقط النووي هـٰذا الكلام من « الروضة » .
(٢) التذنيب (ص ٦٠١) .
(٣) فتح العزيز (٥/ ١١٨) .
(٤) انظر « الروضة » (٤/ ٢٢٤) .
(٥) فتح العزيز (٥/ ١٠٩) ، الروضة (٤/ ٢١٥) ، وانظر « التهذيب » (٤/ ١٥٧) .
(٦) انظر « الأم » (٣/ ٢٣٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٤٤٧) .

والمذهب[1] ، قال شيخنا : **والظاهر** : أنه إنما قال : إن الفتوىٰ علىٰ ذلك ؛ من أجل النص ، ولو اطلع على النص الآخر . . لقال : إنه المفتىٰ به ؛ لموافقة القياس . انتهىٰ .

وفي « المطلب » عن الإمام : أن التسوية ممكنة إذا كان بغير طين ونحوه من الأحجار ، بل بعضها فوق بعض مرصوصاً علىٰ هيئة البناء[2] ، ثم قال ابن الرفعة : إنه يجبر في هـٰذه الحالة علىٰ إعادته ، كما في طم البئر بترابها ، قال في « المهمات » : والذي قاله واضح[3] .

وقال السبكي : إن التسوية بين صورة العلو والسفل والحائط المشترك شيء ذكره المحاملي والشيخ أبو إسحاق والبغوي ، وأن النص إنما هو في العلو والسفل ، وأن الفرق بينه وبين الجدار المشترك واضح ؛ لأن صاحب العلو يستحق الحمل على السفل ، وأحد الشريكين لا استحقاق له على الآخر ؛ ألا ترىٰ أن له أن يقاسمه ، وأيضاً : فإنه لم يلتزم له شيئاً ، بخلاف العلو ؛ فإن صاحب السفل التزمه ، فليست مسألة الجدار منصوصة للشافعي ، ولا في معنىٰ ما نص عليه ، ثم مسألة الجدار المشترك غير جدار الغير ، والرافعي سوّىٰ بينهما فقال فيما إذا باع أرضاً وفيها حجارة : في وجوب الإعادة علىٰ هادم الجدار خلاف يُذكر في (الصلح)[4] كأنه فهم أن علة المنصوص : أنه من ضمان الجنايات ، **والصواب** : أنه إنما هو لصون الأملاك . انتهىٰ .

٢٢٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٣] : (**ويجوز أن يصالح علىٰ إجراء الماء وإلقاء الثلج في مِلْكِه علىٰ مالٍ**) فيه أمران :

أحدهما : أنه هو و« التنبيه » أطلقا الماء[5] ، والمراد به : الحاصل علىٰ سطحه من مطر إذا لم يكن له مصرف ، أو المجلوب من نهر ونحوه إلىٰ أرضه ، فأما غسالة الثياب والأواني . . فلا يجوز الصلح علىٰ إجرائها علىٰ مالٍ ، كما في « الروضة » وأصلها[6] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : مسألة الغسالات انفرد بذكرها المتولي في « التتمة » ، وعبارته : فلو شرط أن يُجْرَىٰ عليه الماء الذي يغسل به الثياب والأواني . . لم يصح الصلح ؛ لأنه مجهول ، والحاجة لا تدعو إلىٰ تجويزه ، قال شيخنا : وما المانع منه إذا بيَّن قدر الجاري إذا كان على السطح ، وبيَّن موضع الجريان إذا كان على الأرض ؟ والحاجة إلىٰ ذلك أكثر من الحاجة إلى البناء ، فليس كل الناس يبني ، وغسل الثياب والأواني لا بد منه لكل الناس أو الغالب ، وهو بلا شك يزيد

---

(١) فتاوى النووي (ص ١٠٧) مسألة (١٦٥) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (٢٤٦/٧) .
(٣) انظر « حاشية الرملي » (٢٢٤/٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٣٣٣/٤) .
(٥) التنبيه (ص ١٠٤) .
(٦) فتح العزيز (١١٦/٥) ، الروضة (٢٢٢/٤) .

علىٰ حاجة البناء ، فمن بنىٰ حماماً وبجانبه أرض لغيره ، وأراد أن يشتري منه حق ممر الماء . . فلا توقف في جواز ذلك ، بل الحاجة إليه آكد من حاجة البناء على الأرض ؛ فلعل مراد المتولي من ذلك : حيث كان على السطح ولم يحصل البيان في مقدار ما يُصَبُّ . انتهىٰ .

ثانيهما : أنه سوّىٰ بين إجراء الماء وإلقاء الثلج ، مع أن الأولىٰ تصح في الأرض والسطح ، والثانية لا تصح إلا في الأرض خاصة .

* * *

باب الحوالة

٢٢٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**الحوالة بيع**) كذا **صححه** الرافعي والنووي ، **وصحح** السبكي أنها استيفاء ، وفسر الرافعي والنووي الاستيفاء : بأن المحتال كأنه استوفىٰ ما على المحيل ، وأقرضه المحال عليه[١] ، ورد السبكي تقدير الإقراض ، وتردد في معنى استيفاء ما على المحيل بين احتمالين ، **أرجحهما عنده** : تقدير ما في ذمة المحيل منتقلاً إلىٰ ذمة المحال عليه ، وبالعكس ، فيسقط ويبقىٰ ما للمحتال في ذمة المحيل كأنه قبضه ثم أودعه في ذلك المحل .

٢٢٩٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**يشترط لها رضا المحيل والمحتال**)[٢] قد يقال : لم اقتصر على اشتراط رضاهما ، ولم يُعتبر الإيجاب والقبول كسائر العقود ؟

وجوابه : أن المراد بالرضا هنا : الإيجاب والقبول ، كما في « الروضة » وأصلها[٣] ؛ فإنهما دليل الرضا ، وإنما عُبر هنا بالرضا توطئة لما بعده من أنه لا يشترط رضا المحال عليه .

قال في « الروضة » وأصلها : ولو قال المحتال : أحلني ، فقال : أحلتك . . ففيه الخلاف السابق في مثله في البيع ، وقيل : ينعقد هنا قطعاً ؛ لأن مبناها على الرفق والمسامحة . انتهىٰ[٤] .

وقال في « التتمة » : لا بد في العقد من لفظ الحوالة أو لفظ يؤدي معناها ؛ بأن يقول : (نقلت حقك إلىٰ فلان) ، أو (جعلت ما أستحقه علىٰ فلان لك) ، أو (ملكتك الدين الذي عليه بحقك) ، قال : وهل يجوز بلفظ البيع ؟ يُبْنَىٰ علىٰ أن لفظ العقد إذا استعمل في غيره يراعى اللفظ أو المعنى ؟ فإن راعينا اللفظ . . لم ينعقد ، أو المعنىٰ . . انعقد كالبيع بلفظ السلم . انتهىٰ .

وفي « الكافي » : لو قال : (أحلتك علىٰ فلان بكذا) ، ولم يقل : (بالدين الذي لك عليّ) . . قيل : هو صريح في الحوالة ، وقيل : كناية ، فلا يكون حوالة إلا بالنية .

٢٢٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٤] : (**لا المحال عليه في الأصح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**ولا يفتقر إلىٰ رضا المحال عليه على المنصوص**) ، وحكى الرافعي عن ابن القاص : أن مقابله منصوص[٥] ، فالخلاف حينئذ قولان ، لكن أوّل السبكي ما في « التنبيه » علىٰ إرادة نصه علىٰ أنها بيع ، فيتفرع عليه عدم اشتراط رضاه لا أن عدم الاشتراط منصوص عليه ، وقال أيضاً : إن نقل ابن القاص مؤوّل ، فالخلاف حينئذ وجهان ، كما في

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/١٢٦) ، و« الروضة » (٤/٢٢٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠٥) ، و« الحاوي » (ص ٣١٨) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٤) .
(٣) فتح العزيز (٥/١٢٨) ، الروضة (٤/٢٢٩) .
(٤) فتح العزيز (٥/١٢٨) ، الروضة (٤/٢٢٩) .
(٥) فتح العزيز (٥/١٢٧) .

« المنهاج » ، ومحلهما : إذا أحال علىٰ من له عليه دين ، فإن أحال علىٰ من لا دين له عليه وصححناه . . فلا بد من رضاه ، كما ذكره بعد ذلك .

٢٢٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣١٨] : **(وتصح بالدين اللازم وعليه)** قال في « الروضة » : أطلقه الرافعي تبعاً للغزالي ، وليس كذلك ؛ فإن دين السلم لازم ، ولا تصح به ولا عليه **على الصحيح** ، فينبغي أن يقول : (الدين المستقر) ليخرج هـٰذا . انتهىٰ[١] .

وقد ذكر الرافعي أيضاً : أنه لا يكفي لصحة الحوالة لزوم الدين ، بل لا بد فيه من الاستقرار ؛ لأن دين السلم لازم مع أن **الأصح** : أنه لا تصح الحوالة به ولا عليه . انتهىٰ[٢] .

ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٠٥] : **(ولا تصح إلا بدين مستقر وعلىٰ دين مستقر ، فأما ما ليس بمستقر ؛ كمال الكتابة ودين السلم . . فلا تصح الحوالة به ولا عليه)** كذا قال ، لكن **الأصح** : صحة الحوالة بمال الكتابة لا عليه ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٣] .

وقد يدخل في عبارتهما : ما إذا كان للسيد عليه دين معاملة ، فأحال عليه ، **والأصح** في هـٰذه الصورة : الصحة ، ولا نظر إلىٰ سقوطه لعجزه ، وقد يقال : إنها لا تَرِد ؛ إذ ليست مال كتابة ، ولو قالا : (لا عليه بها) . . لم ترد هـٰذه الصورة قطعاً ، علىٰ أن شيخنا الإمام البلقيني قد رجح : أنه لا تصح الحوالة بمال الكتابة ، كما في « التنبيه » لمساواته لدين السلم في منع الاستبدال عنه وزيادته عليه ؛ بأنه لا يلزم أبداً ودين السلم لازم ، وقال : الفرق بينهما صعب ، قال : وعلىٰ ذلك جرى القاضي والبغوي[٤] ، **وهو الأصوب** ، قال : ونص الشافعي في « الأم » على الجواز مفرع علىٰ أن الحوالة ليست بيعاً[٥] ، ثم قال شيخنا : والذي يمكن أن يقال في الفرق : أن السيد إذا احتال بالنجم علىٰ مديون المكاتب . . لا يتطرق إليه أن يصير الدين لغير السيد ؛ لأنه إن قبضه قبل التعجيز . . فلا كلام ، وإن لم يقبض حتىٰ حصل التعجيز . . فهو من جملة أموال المكاتب التي للسيد ، بخلاف دين السلم ؛ فإنه قد ينقطع المسلم فيه فيؤدي ذلك إلىٰ أن لا يصل المحتال إلىٰ حقه .

قال في « المهمات » : وما أطلقه الرافعي والنووي من اشتراط الاستقرار لا يستقيم[٦] ؛ لأن الأجرة قبل مضي المدة ، والصداق قبل الدخول والموت ، والثمن قبل قبض المبيع ، ونحو ذلك غير مستقرة كما صرحوا به ، ومع ذلك تصح الحوالة بها وعليها ، ويكفي في إخراج السلم أن يقال

---

(١) الروضة (٤/ ٢٣١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٢٩) .

(٣) الحاوي (ص ٣١٨) ، المنهاج (ص ٢٦٤) .

(٤) انظر « التهذيب » (٤/ ١٦٢) .

(٥) الأم (٨/ ٦٥) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٣٦) ، و« الروضة » (٤/ ٢٣٠) .

كما في « الكفاية » : يصح الاستبدال عنه ، أو كما في « المطلب » : لا يتطرق إليه السقوط بتعذره في نفسه ، وقد تفهم عبارة « التنبيه » أنه لا تصح الحوالة بالثمن مدة الخيار ، ولا عليه ، **والأصح** : صحته ، وقد ذكره « المنهاج »[1] ، وأشار إليه « الحاوي » بقوله [ص ٣١٨] : (**لازم أو أصله اللزوم**) .

وقد أورد على « التنبيه » و« المنهاج » في ذكرهما مع هٰذه المسألة : كونها لا تصح علىٰ من لا دين عليه ، وقيل : تصح برضاه ؛ لأنها إذا لم تصح مع وجود الدين بدون الاستقرار أو اللزوم . . فما ظنك مع العدم ؟ فهو تكرار .

وأجيب : بأنهما ذكرا ذلك ؛ ليحكيا فيه الخلاف .

وقد يجاب عنه : بأن المراد بالدين : ما يصح كونه ديناً وإن لم يوجد ، **وصوب في** « التوشيح » : تعبير « المنهاج » بـ (المستقر) ، وأنه لا يرد عليه دين السلم ؛ إذ لا حصر فيه .

٢٢٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٤] : (**ويشترط العلم بما يحال به وعليه قدراً وصفة**) وهو مفهوم من قول « الحاوي » بعد ذكر تساوي الدينين [ص ٣١٨] : (**قدراً وصفة بعلمهما**) .

أهملا الجنس ، وقد يقال : هو مفهوم من العلم بالصفة ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**ولا يجوز إلا بمالٍ معلوم**) ، ولم يبين ما يحصل به العلم ، والمعتبر : صفات السلم .

٢٢٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٤] : (**ويشترط تساويهما جنساً وقدراً**) لم يذكر الصفة ، ولا بد منها ، وقد عرفت أن « الحاوي » ذكر القدر والصفة ، ولم يذكر الجنس ، واعتبر « التنبيه » الاتفاق في الصفة والحلول ، وقد يفهم من اعتبار التساوي في الصفة أنه إذا كان أحد الدينين به رهن أو ضامن . . لا بد أن يكون الآخر كذلك ، ولا قائل به .

نعم ؛ لو كان بأحدهما رهن أو ضامن . . قال شيخنا ابن النقيب : يبرأ الضامن وينفك الرهن ، ولا ينتقل بصفة الضمان والرهن ، وفي « الاستقصاء » ما يقتضي خلافه في المحال به ، وخالف البارزي في المحال عليه . انتهىٰ[2] .

وقال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : كثيراً ما تقع الحوالة علىٰ دين به رهن أو كفيل ، ولم أجد فيها نقلاً ، وأجاب فيها البارزي : بانتقالهما إلى المحال ؛ لأنهما من صفات الدين ، فأشبه الحلول والتأجيل ، وقياساً على الوارث ، قال شيخنا : وقد يمنع بأن الراهن والكفيل ربما رضيا بشخص دون شخص ، وأما الوارث : فإنه خليفة المورث ، ويده كيده ، وأما الحلول والتأجيل : فلأن الدين لا يمكن انتقاله إلا بأحدهما . انتهىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٢٦٤) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٨٥) .

وذكر في « التوشيح » : أن قول « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**وصار الحق في ذمة المحال عليه**) قد يفهم أن الدين لا ينتقل بصفته من رهن أو كفيل ، بخلاف قول « المنهاج » [ص ٢٦٤] و« الحاوي » [ص ٣١٨] : (**ويتحول حق المحتال إلىٰ ذمة المحال عليه**) فإن الرهن والكفيل من حق المحتال ، وفيه نظر ؛ فإن الحق المطلق في « التنبيه » هو حق المحتال ، فلا تفاوت حينئذ بين العبارتين ، ثم حكىٰ في « التوشيح » عن والده : أنه صوب : أن الدين لا ينتقل بصفته ، بل ينتقل مجرداً عن الرهن والكفيل ، قال : وقد قاله ابن الصباغ والمتولي والرافعي فيما إذا أحال من له على اثنين ألف ، وهما متضامنان علىٰ أن يأخذ المحتال من كل واحد خمس مئة ؛ إذ قالوا : إنه يبرأ كل منهما عما ضمن ، وقاله أيضاً الرافعي في (باب الضمان) فيما إذا كانت الألف علىٰ أحدهما والآخر ضامن ، فأحال على الأصيل فقط إذ قال : يبرأ الضامن[1] ، وصرح المتولي بالانفكاك في الرهن أيضاً .

٢٣٠٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٨] : (**فإن أفلس ، أو جحد . . لم يرجع**) فيه أمور : **أحدها** : أنه لو شرط الرجوع بذلك . . فهل تصح الحوالة والشرط ، أم الحوالة فقط ، أم لا يصحان ؟ أوجه لا ترجيح فيها في « الروضة » وأصلها[2] ، فيرد ذلك علىٰ عبارته بتقدير رجحان الوجه الأول ، وكذا يرد أيضاً على « التنبيه » و« المنهاج » .

ثانيها : أنه لو عبر بالإنكار . . لكان أعم ؛ فإن الجحد لغةً : إنكارٌ مع العلم[3] ، وقد عبر بالجحد أيضاً « المنهاج »[4] ، واقتصر « التنبيه » علىٰ تعذر الرجوع ، ولم يمثله[5] .

ثالثها : أنه اقتصر على الإفلاس والجحد ، وزاد « المنهاج » [ص ٢٦٤] : (**نحوهما**) ، وليس ذلك في « الروضة » ، ولا في شيء من كتب الرافعي ، وأراد به : امتناعه ، أو موت البينة بعد موته موسراً ، وهو داخل في قول « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**وإن تعذر من جهته . . لم يرجع**) وهل يدخل في ذلك الإقالة حتىٰ لو صدر بين المحيل والمحتال تقايل في الحوالة . . لم يرجع على المحيل ؟ يُبنىٰ ذلك علىٰ صحة الإقالة في الحوالة ، وقد قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه كشف عن ذلك مصنفات كثيرة ، فلم يجد التصريح بها ، وأن الذي ظهر له : الجواز ؛ لأن **الصحيح** : أنها بيع ، وأن الخوارزمي صرح بالخلاف في ذلك وبتصحيح الجواز ، وقيد المسألة : بأن يكون ذلك بدون إذن المحال عليه ، ومقتضاه : أنه إن كان بإذنه . . صح وجهاً واحداً .

قلت : وقد جزم الرافعي بأنه لا تجوز الإقالة في الحوالة ، ذكر ذلك في أوائل (التفليس) في

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٧٧) .
(٢) فتح العزيز (٥/ ١٣٣) ، الروضة (٤/ ٢٣٢) .
(٣) انظر « مختار الصحاح » (ص ٤٠) .
(٤) المنهاج (ص ٢٦٤) .
(٥) التنبيه (ص ١٠٥) .

أثناء تعليل في الكلام علىٰ موت المشتري مفلساً قبل وفاء الثمن[1] ، وقد ظهر بذلك أنه لا يمكن مع تصحيح الإقالة عدم الرجوع على المحيل ، بل متىٰ صحت . . رجع عليه ، والله أعلم .

٢٣٠١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**وإن أحال المشتري البائع بالثمن علىٰ** رجل ، **ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً فرده ؛ فإن كان بعد قبض الحق . . لم تنفسخ الحوالة** ، بل **يطالب** المشتري **البائع بالثمن ، وإن كان قبل قبض الحق . . فقد قيل : تنفسخ ، وقيل : لا تنفسخ**) فيه أمران :

أحدهما : أن **الأصح** : أنه لا فرق بين أن يكون ذلك بعد قبض الحق أو قبله ، **والأصح في** الصورتين : الانفساخ ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

ثانيهما : ذكر الرد بالعيب مثال ، فلو رده بخيار أو إقالة أو تحالف . . كان الحكم كذلك ، وقد ذكر « الحاوي » هـٰذه الصور كلها[3] ، واقتصر « المنهاج » أيضاً على الرد بالعيب[4] .

واعلم : أن البطلان مبني علىٰ أن الحوالة استيفاء ، ومقابله مبني علىٰ أنها بيع ، فالترجيح في الفرع يخالف الترجيح في الأصل ، ويحتاج إلى الفرق بين هـٰذه المسألة وبين ما إذا أحالها بصداقها ثم انفسخ النكاح واقتضى الحال الرجوع . . فإن **الأصح** : أن الحوالة لا تنفسخ ، وقد فرقوا : بأن الصداق أثبت من غيره ، وفيه نظر[5] .

٢٣٠٢ـ قول « الحاوي » [ص ٣١٩] : (**وينفسخ بثبوت حرية المبيع**) فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم من تعبيره بالانفساخ : أنها صحت ثم انفسخت ، وليس كذلك ؛ فلم تنعقد هـٰذه الحوالة من أصلها ، وتعبير « التنبيه » و« المنهاج » بـ (البطلان) أرادا به ذلك[6] .

ثانيها : أنه لم يبين ما تثبت به حرية المبيع ، وفصل ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٢٦٥] : (**ولو باع عبداً وأحال بثمنه ، ثم اتفق المتبايعان والمحتال علىٰ حريته ، أو ثبتت ببينةٍ . . بطلت الحوالة ، وإن كذبهما المحتال ولا بينة . . حلّفاه علىٰ نفي العلم**) ، وصورة ثبوتها ببينةٍ : أن تشهد حسبة ، أو يقيمها العبد ، لا المتبايعان كما حكاه الرافعي عن البغوي والروياني ، وأقرهما[7] ، وجزم به في « الشرح الصغير » لأنهما كذباها بالمعاقدة عليه ، لكن الذي حكاه الروياني عن النص ، وعليه يدل كلام الرافعي والنووي في الدعاوىٰ ، **وصححه في** « المهمات » : سماع البينة ممن لم يصرح قبل ذلك بالملك .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٤) .
(٢) الحاوي (ص ٣١٩) ، المنهاج (ص ٢٦٤) .
(٣) الحاوي (ص ٣١٩) .
(٤) المنهاج (ص ٢٦٤) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٨٦) .
(٦) التنبيه (ص ١٠٥) ، المنهاج (ص ٢٦٤) .
(٧) انظر « التهذيب » (٤/١٦٧) ، و« بحر المذهب » (٨/٦٤) ، و« فتح العزيز » (٥/١٣٩) .

ثالثها : ذكر حرية المبيع مثال ، فكل ما يمنع الصحة كذلك ، ولذلك عبر « التنبيه » بـ (**خروجه مستحقاً**)[١] .

٢٣٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**وإن اختلف المحيل والمحتال ، فقال المحيل** : « **وكلتك في القبض** » ، **وقال المحتال** : « **بل أحلتني** » . . **فالصحيح** : **أن القول قول المحيل ، وقيل : القول قول المحتال**) فيه أمور :

أحدها : في تعبيره بـ (المحيل والمحتال) تجوز ؛ لأنه موضع النزاع ، **والصحيح** : أنه لا يثبت بذلك كونه محيلاً ؛ ولذلك عبر « المنهاج » بـ (المستحق عليه والمستحق)[٢] .

ثانيها : أن صورة المسألة : أن يتفقا علىٰ أن المستحق عليه قال : (أحلتك) ، ولكنه قال : (أردت الوكالة) ، وقال الآخر : (الحوالة) ، أما لو اختلفا في صدور لفظ الحوالة . . فالمصدق النافي قطعاً ، وقد أوضح « المنهاج » المسألتين ، وبين أن الأولىٰ هي موضع الوجهين[٣] .

ثالثها : محل تصديق المستحق عليه في الصورة الأولىٰ : ما إذا قال : (أحلتك بمئة علىٰ زيد ، أو بالمئة التي لي علىٰ زيد) ، فلو قال : (أحلتك بالمئة التي لك عليّ على المئة التي لي علىٰ زيد) . . صدق المستحق قطعاً ؛ لأنه لا يحتمل غير الحوالة ، وهـٰذا وارد على « المنهاج » أيضاً ، وعلىٰ قول « الحاوي » في (الدعاوىٰ) [ص ٦٨٧] : (**والحوالة وإن جرىٰ لفظها**) أي : حلف مستحق الحوالة .

وتبعت في القطع الرافعي والنووي[٤] ، لكن في « النهاية » : أن بعضهم جعل هـٰذا وجهاً **ثالثاً** ، ثم خالفه الإمام ، ورأى الجزم بجعله حوالة[٥] .

٢٣٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**وإن قال المحيل** : « **أحلتك** » ، **وقال المحتال** : « **بل وكلتني ، وحقي باق عليك** » . . **فالأظهر** : **أن القول قول المحتال ، وقيل : القول قول المحيل**) يعود فيه ما سبق من التجوّز في التعبير بالمحيل والمحتال ، ومن أن صورة مسألة الوجهين : أن يتفقا علىٰ صدور لفظ الحوالة ، ويختلفا في المراد به ، فلو تنازعا في اللفظ الصادر ، هل هو لفظ الحوالة أو الوكالة ؟ صدق المستحق قطعاً ، ولم ينبه في « المنهاج » علىٰ هـٰذا في هـٰذه الصورة ، وكأنه اكتفىٰ بما سبق في الأولىٰ .

* * *

---

(١) التنبيه (ص ١٠٥) .

(٢) المنهاج (ص ٢٦٥) .

(٣) المنهاج (ص ٢٦٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/١٤٠) ، و« الروضة » (٤/٢٣٦) .

(٥) نهاية المطلب (٦/٥٢٧) .

بابُ الضَّمان

٢٣٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**شرط الضامن : الرشد**) أورد عليه أمور :

أحدها : أنه يقتضي صحة ضمان المكاتب ؛ لأنه رشيد ، وليس كذلك ؛ إذ ليس أهلاً للتبرع ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٢٠] : (**صح ضمان أهل التبرع**) ، فأخرج المكاتب ، وفي « التنبيه » قولان في ضمانه بإذن السيد[1] ، **والأصح** : صحته ، وهو داخل في عموم قول « المنهاج » في (الكتابة) في مطلق التبرع [ص ٥٩٨] : (**ويصح بإذن سيده في الأظهر**) .

واعلم : أن الخلاف إنما هو في صحة ضمانه فيما في يده ، كما أوضحه في « الكفاية » ، واعتبر في « الروضة » صحة العبارة ، وأهلية التبرع ، واحترز بالأول : عن غير المكلف[2] ، ولا حاجة به إليه ؛ لأن غير المكلف ليس أهلاً للتبرع ، فهو حشو ، ومع ذلك فأورد عليه : الأخرس المفهوم الإشارة . . **فالأصح** : صحة ضمانه ، ولا عبارة له ، وفيه نظر ؛ فإن إشارته المفهومة يحصل بها التعبير عن مراده ، فهي عبارة له وإن لم تكن لفظاً .

وذكر الرافعي : أن الإمام والغزالي احترزا بأهلية التبرع عن السفيه ، ثم قال : إنما يظهر كون الضمان تبرعاً حيث لا رجوع ، فإن ثبت . . فهو إقراض لا محض تبرع ؛ بدليل النص علىٰ أن الضمان في مرض الموت بإذن المديون من رأس المال[3] .

واعترضه في « الروضة » : بأن قوله : (إنه ليس تبرعاً) فاسد ؛ فإنه لو سُلِّم أنه كالقرض . . كان القرض تبرعاً[4] ، وذكر في « المهمات » أن التبرع إنما هو الأداء .

ثانيها : ينبغي أن يقول : (والاختيار) ليخرج المكره ، فلا يصح ضمانه ولو كان المكره السيد لعبده ، وهو وارد على « الحاوي » أيضاً .

ثالثها : أنه يصح الضمان من السكران المتعدي **في الأصح** وليس برشيد ، فإن التزم أنه رشيد إسقاطاً للعارض الزائل ـ كما هو مقتضىٰ كلامه في البيع ـ . . لزم صحة ضمان غير المتعدي بسكره من باب أولىٰ ، وليس كذلك .

وجوابه : أن المراد بالرشد : جواز التصرف ، والمتعدي بسكره جائز التصرف ، بخلاف المعذور .

---

(١) التنبيه (ص ١٠٥ ، ١٠٦) .

(٢) الروضة (٤/٢٤١) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (٧/١٥) ، و« الوسيط » (٣/٢٣٥) ، و« فتح العزيز » (٥/١٤٦ ، ١٤٧) .

(٤) الروضة (٤/٢٤٢) .

رابعها : أن من سفه بعد الرشد ولم يحجر عليه . . يصح ضمانه وغيره من التصرفات ، وليس برشيد .

وجوابه : أن المذكور رشيد حكماً ، فتناولته عبارته ، ولا يرد هـٰذان الأمران على « الحاوي » لأن المتعدي بسكره ومن طرأ له السفه قبل الحجر أهلان للتبرع ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٥] : (**من صح تصرفه في ماله بنفسه . . صح ضمانه**) ، فلا يرد عليه سوى الإيراد الأول ، وقد ذكر بعد ذلك في ضمانه بإذن السيد قولين ، **والأصح** : صحته ، وذكر في « الكفاية » : أنه احترز بقوله : (**بنفسه**) عن السفيه ؛ لأنه يصح تصرفه في ماله بإذن وليه في **الأصح** ، كذا قال ، وهو مخالف لما قدمه في الحجر .

٢٣٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**وضمان محجورٍ عليه بفلسٍ كشرائه**) أي : بثمن في الذمة ، **فالأصح** : الصحة ، وقد أفصح بذلك « التنبيه » بقوله [ص ١٠٥] : (**والمحجور عليه بالإفلاس يصح ضمانه ، ويطالب به إذا انفك الحجر عنه**) .

٢٣٠٧ـ قولهما : (**إنه لا يصح ضمان العبد بغير إذن سيده في الأصح**)[1] يستثنىٰ منه : المبعض إذا كان بينهما مهايأة ، وضمن في نوبته . . فإنه يصح ضمانه .

٢٣٠٨ـ قولهما : (**إنه يصح ضمانه بإذنه**)[2] محله : ما إذا لم يكن الدين لسيده ؛ لأن الكسب المؤدىٰ منه ملكه ، بخلاف ضمان ما على السيد ؛ فإنه يصح[3] .

٢٣٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**فإن عيَّن للأداء كسبه أو غيره . . قُضِيَ منه**) دخل في قوله : (**غيره**) مال التجارة الذي في يده ، ومحله : ما إذا لم يكن على المأذون دين ، فإن كان . . **فالأصح** عند النووي : أنه لا يؤدي إلا مما يفضل ، وقيل : يشارك ، وقيل : يبطل[4] .

ومحل الأوجه : إذا لم يحجر عليه بطلب الغرماء ، وإلا . . لم يؤد مما بيده قطعاً ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**وإن قال للمأذون له : « اضمن في مال التجارة » . . لزمه القضاء منه إلا أن يكون عليه دين**) لكن ظاهره : أنه لا يقضي من مال التجارة إذا كان عليه دين مطلقاً مع أنه يؤدي ما فضل عن الدين كما تقدم ، ثم إن مال التجارة لا يختص بالتعيين ، فلو عيّن للأداء كسبه أو شيئاً من أموال السيد . . كان الحكم كذلك كما في « المنهاج » .

٢٣١٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**ويصح بإذنه ، ويتبع به إذا عتق ، وقيل : يؤديه من كسبه أو**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٥ ، ١٠٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٦) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٩٠) .

(٤) انظر « الروضة » (٤/ ٢٤٣) .

من مال التجارة إن كان مأذوناً له فيه) الثاني هو الأصح ، وعليه مشى « المنهاج » بقوله [ص ٢٦٦] : **(وإلا ـ أي : أذن ولم يعين ـ . . فالأصح : أنه إن كان مأذوناً له في التجارة . . تعلق بما في يده وما يكسبه بعد الإذن ، وإلا . . فبما يكسبه)** ، وفي عبارة « المنهاج » شيئان :

أحدهما : أن قوله : **(بما في يده)** يتناول كسب يديه باحتطاب ونحوه ، لكن صرح في « المطلب » بعدم دخوله ، ويوافقه أن الرافعي قيد ما في يده برأس المال والربح[1] ، وتعبير « التنبيه » بمال التجارة ، وكسب يده ليس من مال التجارة .

ثانيهما : أنه قيد الكسب بما بعد الإذن ، وكذا في « الروضة » وأصلها[2] ، وقيده ابن الرفعة بما بعد الضمان ، وهو موافق لما ذكروه في الإذن في النكاح من أن المؤن فيما يتجدد بعد النكاح لا بعد الإذن ، واستشكل الفرق على الأول ، وفرق بينهما : بأن مؤن النكاح إنما تجب بعد النكاح ، والدين ثابت قبل الضمان .

٢٣١١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : **(والأصح : اشتراط معرفة المضمون له)** أي : معرفة الضامن المضمون له ، كما أفصح به « التنبيه » و« الحاوي »[3] ، فأضاف « المنهاج » المصدر إلى المفعول ، وهو قليل ، والمراد : معرفة العين لا النسب ، قاله الماوردي[4] .

ومعرفة وكيل المضمون له كمعرفته ، وسواء ذكر الموكل وأضاف إليه أو نواه ، قاله ابن الصلاح .

٢٣١٢ـ قوله : **(وأنه لا يشترط قبوله ورضاه)**[5] لو قال : (ولا رضاه) كما في « المحرر »[6] . . لكان أحسن ؛ لأن بعضهم يشترط الرضا دون القبول .

٢٣١٣ـ قوله : **(ولا يشترط رضا المضمون عنه قطعاً)**[7] كذا في كتب الرافعي والنووي تبعاً للإمام[8] ، وفيه وجه في « تعليق القاضي حسين » .

٢٣١٤ـ قوله : **(ويشترط في المضمون : كونه ثابتاً)**[9] أي : حقاً ثابتاً ، كما في « الروضة »

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٤٨/٥) .
(٢) فتح العزيز (١٤٨/٥) ، الروضة (٢٤٣/٤) .
(٣) التنبيه (ص ١٠٦) ، الحاوي (ص ٣٢٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٦٨/٦ ، ١٦٩ ، ٤٣٣) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٦) .
(٦) المحرر (ص ١٨٩) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٦) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٥/٧) ، و« المحرر » (ص ١٨٩) ، و« فتح العزيز » (١٤٤/٥) ، و« الروضة » (٢٤٠/٤) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٦) .

وأصلها و« المحرر » و« الحاوي »[1] ، فيشمل الأعيان المضمونة بناء **على الأصح** ، وهو : صحة ضمان الأعيان ، **وصحح** « التنبيه » خلافه ، وعبارته [ص ١٠٦] : (**ولا تصح الكفالة بالأعيان كالغصوب والعواري ، وقيل : تصح**) ، ولو عبر كما في « الحاوي » بـ (عينٍ تلزم مؤنة ردها)[2] .. لكان أحسن ؛ ليدخل فيه المغصوب والمستعار والمستام ، ويخرج عنه المودع والمستأجر والوكيل ؛ فإنه لا يصح ضمان ما في أيديهم ، وقد صرحوا بأن العين المستأجرة بعد المدة أمانة شرعية يجب ردها ، فينبغي تجويز ضمان ردها **على الأصح** ، ذكره الإمام السبكي ، قال : اللهم إلا أن يقال : الواجب في الأمانة الشرعية إما الرد أو الإعلام .

ثم اعلم : أن المراد بضمان الأعيان : ضمان ردها ، أما ضمان قيمتها لو تلفت .. **فالأصح** : منعه ، والمراد : ثبوته باعتراف الضامن وإن لم يثبت على المضمون عنه ؛ ففي الرافعي في أواخر (الإقرار) : لو قال شخص : لزيد علىٰ عمرو ألف ، وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو .. فلزيد المطالبة **في الأصح**[3] .

٢٣١٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**ويصح ضمان الدرك على المنصوص**) شرطه : أن يكون بعد قبض البائع الثمن ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٢٣١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**وهو : أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصنجة**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يرد عليه ضمان الدرك للبائع ، وهو : أن يضمن له المبيع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو معيباً أو ناقصاً لنقص الصنجة ، وليس في عبارة « الحاوي » تخصيص ذلك بكون الضمان للمشتري ، إلا أن يؤخذ ذلك من قوله : (**بعد قبض الثمن**)[5] .

ثانيهما : أن قوله : (**أو ناقصاً**) أي : المبيع ، فيه نقص عما تشمله عبارة « المحرر » فإنها تشمل :

الصنجة الموزون بها المبيع ، فيضمن نقصها للمشتري .

والموزون بها الثمن ، فيضمن نقصها للبائع .

وكذا يتناول الصورتين قول « الحاوي » [ص ٣٢٠] : (**ونقصان الصنجة**) وصور الرافعي الصورة

---

(١) المحرر (ص ١٨٩) ، فتح العزيز (٥/١٤٩) ، الحاوي (ص ٣٢٠) ، الروضة (٤/٢٤٤) .
(٢) الحاوي (ص ٣٢٢) .
(٣) فتح العزيز (٥/٣٦٣) .
(٤) الحاوي (ص ٣٢١) ، المنهاج (ص ٢٦٦) .
(٥) الحاوي (ص ٣٢٠) .

الأولىٰ : بأن يبيع شيئاً بشرط أن وزنه كذا ؛ فإنه إذا خرج دونه . . بطل البيع في قولٍ ، وثبت الخيار في قولٍ[1] .

وألجأه إلىٰ ذلك كون المسألة في ضمان الثمن عند نقص المبيع ، لكن اعترض عليه : بأنه لا يطابق قولنا : نقص لنقص الصنجة ، وإنما نقص عما ذكره . ومن صور نقص الصنجة : أن يقول : (بعتك رطلاً من هـٰذا) ، ويزنه بصنجة يدعي أنها رطل ، فيضمن له ضامن نقصها ، لكنه لا يكون ضامناً للثمن ، بل لما نقص .

٢٣١٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٢١] : (**ويشملها ضمان الدرك**) يقتضي أنه إذا لم يعين الضامن جهة ، بل أطلق ضمان الدرك . . طولب إذا بان الفساد بشرطٍ أو غيره ، أو رُدّ بعيبٍ ، **والأصح** عند الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في « الروضة » : خلافه[2] .

٢٣١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**لازماً**) زاد « الحاوي » [ص ٣٢١] : (**أو أصله اللزوم**) ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**أو يؤول إلى اللزوم**) .

٢٣١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**لا كنجوم كتابة**) ، قال شيخنا ابن النقيب : الإتيان بالكاف يشعر بغير هـٰذه الصورة ، ولم أره .

نعم ؛ لو ضمن عن المكاتب غير النجوم لأجنبي . . صح ، أو للسيد ؛ فإن قلنا : دينه يسقط بعجزه **وهو الأصح** . . لم يصح ، وإلا . . فيصح ؛ فهـٰذه صورة ثانية علىٰ وجه . انتهىٰ[3] .

وكذا عبارة « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**فأما ما ليس بلازم ولا يؤول إلى اللزوم ؛ كدين المكاتب . . فلا يصح ضمانه**) .

٢٣٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**ويصح ضمان الثمن في مدة الخيار في الأصح**) وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**أو يؤول إلى اللزوم كثمن المبيع في مدة الخيار**) ، قال المتولي : محل الخلاف إذا كان الخيار للمشتري ، أو لهما ، أما إذا كان للبائع وحده . . فيصح قطعاً ؛ لأن الدين لازم في حق من هو عليه ، وأقره عليه الرافعي والنووي[4] .

واستشكله في « المهمات » : بأنه إذا كان الخيار للبائع . . فالملك في المبيع له بلا خلاف ، أو على **الصحيح** . . فلا ثمن حينئذ على المشتري فضلاً عن كونه لازماً ، فكيف يصح ضمانه بلا خلاف مع حكاية الخلاف في عكسه ؟ انتهىٰ .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/١٥٢) .

(٢) الروضة (٤/٢٤٦ ، ٢٤٧) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٢٩٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/١٥٦) ، و« الروضة » (٤/٢٥٠) .

ويوافقه ما أشار إليه الإمام أن تصحيح الضمان مفرع علىٰ أن الخيار لا يمنع نقل الملك في الثمن إلى البائع ، وإلا . . فهو ضمان ما لم يجب ؛ أي : إذا كان الخيار للبائع وحده ، **فالأصح** : أن ملك المبيع له ، وملك الثمن للمشتري[1] .

٢٣٢١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**ومال الجعالة**) أي : قبل فراغ العمل . هو وجه ، **الأصح** : خلافه ، ولا يصح أن يُعد مال الجعالة مما يؤول إلى اللزوم ؛ فإنه لا يؤول إلى اللزوم بنفسه ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**وضمان الجُعْلِ كالرهن به**) أي : فيصح بعد الفراغ خاصة .

تَنْبِيه

[شروط المضمون]

اقتصر « التنبيه » و« المنهاج » و« الحاوي » علىٰ ذكر ثلاثة شروط للمضمون : كونه ثابتاً ، ولازماً ، ومعلوماً ، وكذا في « الروضة » وأصلها[2] ، وأهملوا شرطاً رابعاً نبه عليه الغزالي ، وهو : كونه قابلاً لأن يتبرع الإنسان به علىٰ غيره ، فيخرج القصاص وحد القذف ونحوهما[3] .

٢٣٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٦] : (**والإبراء من المجهول باطلٌ في الجديد**) مأخذهما أنه تمليك أو إسقاط ، **فالجديد** على الأول ، **والقديم** على الثاني ، ومقتضى البناء : تصحيح أنه تمليك ، ولكن **الصحيح** : أنه لا يشترط علم المديون ، وبنوه علىٰ أنه إسقاط ، وجزم **الرافعي** في موضع بالإسقاط[4] ، وقال النووي في (باب الرجعة) من زوائده : **المختار** : أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما ، بل يختلف بحسب المسائل ؛ لظهور دليل أحد الطرفين[5] .

وقال السبكي : **الصحيح** : أنه إسقاط ، ولكن اختلفوا ، هل هو محض إسقاط كالإعتاق ، أم تمليك للمديون ما في ذمته ، فإذا ملكه . . سقط ؟ علىٰ طريقين في « التتمة » ، سماهما **الرافعي** رأيين[6] ، قال السبكي : فهو إسقاط فيه شائبة التمليك ؛ ولهـٰذا صح بلفظ التمليك ، وجاز بيع الدين ممن عليه ، وانتقل إلى الوارث ، ولكن شائبة الإسقاط أغلب ، ولا خلاف في أن المقصود به

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ١٠) .

(٢) التنبيه (ص ١٠٦) ، الحاوي (ص ٣٢٠ ، ٣٢١) ، المنهاج (ص ٢٦٦) ، فتح العزيز (٥/ ١٤٩) ، الروضة (٤/ ٢٤٤) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٩٦) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٥٦) .

(٥) الروضة (٨/ ٢٢٣) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٥٧) .

الإسقاط ، وأن هـٰذا المقصود حاصل منه ، وإنما الخلاف في حقيقته في ذاته ، ولا يترتب علىٰ تحقيق ذلك كبير فائدة ، وإنما الفائدة في التفاريع ، فمنها : الإبراء عن المجهول ، قال الرافعي : إن قلنا : إسقاط . . صح ، أو تمليك . . فلا ، وهو ظاهر المذهب[1] ، قال السبكي : يعني : عدم صحة الإبراء عن المجهول ، لا أن الإبراء تمليك ؛ لأن المشهور خلافه ، ثم بسط ذلك .

٢٣٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**وقيل : يصح ضمان إبل الدية) هو الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٢٣٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٧] : (**ولو قال : « ضمنت مِمَّا لك علىٰ زيدٍ من درهمٍ إلىٰ عشرةٍ » . . فالأصح : صحته**) يقتضي أن الخلاف وجهان وكذا في « المحرر » ، **ورجحه** في « أصل الروضة »[3] ، لكن **رجح** في « الشرح الصغير » : أن الخلاف قولان .

٢٣٢٥ـ قوله : (**وأنه يكون ضامناً لعشرة**)[4] كذا في « المحرر »[5] ، واستدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٢٦٧] : (**الأصح : لتسعة**) ، وكذا في « الحاوي » وقال [ص ٣٢١] : (**كالإقرار**) ، **وصحح** في « المحرر » في (الإقرار) : لزوم تسعة[6] ، ولم يصحح في « الشرحين » في البابين شيئاً ، بل نقل تصحيح العشرة هنا وهناك عن البغوي ، ونقل هناك : تصحيح التسعة عن العراقيين والغزالي[7] .

وفي نظيره من الطلاق من واحدة إلىٰ ثلاث : ظاهر ترجيح « أصل الروضة » : وقوع الثلاث[8] ، وفي « التنبيه » : يقع ثنتان ، وأقره في « التصحيح »[9] .

فَصْلٌ

[في شروط صحة كفالة البدن]

٢٣٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : (**وفي كفالة البدن قولان ، أصحهما : أنها تصح**) شرطه فيما إذا كان على المكفول ببدنه مال :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/١٥٧) .
(٢) الحاوي (ص ٣٢١) ، المنهاج (ص ٢٦٦) .
(٣) المحرر (ص ١٩٠) ، الروضة (٤/٢٥٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٧) .
(٥) المحرر (ص ١٩٠) ، وفيه : (وأنه يكون ضامناً لتسعةٍ) .
(٦) المحرر (ص ٢٠٤) .
(٧) انظر « التهذيب » (٤/١٧٩ ، ٢٣٩) ، و« فتح العزيز » (٥/١٥٨ ، ٣١٤) .
(٨) الروضة (٨/٨٥) .
(٩) التنبيه (ص ١٧٦) ، تصحيح التنبيه (٢/٦١) .

أن يكون ذلك المال مما يصح ضمانه ، فلا تصح ببدن المكاتب للنجوم ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »(١) .

وأن يكون المكفول ببدنه يستحق حضوره مجلس الحكم عند الاستعداء ، وقد ذكره « الحاوي »(٢) .

٢٣٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن تكفل بجزءٍ شائع من الرجل ، أو بما لا يمكن فصله عنه** ـ أي : مع الحياة ـ **كالكبد والقلب** . . **صح**) أقره عليه النووي في « تصحيحه »(٣) ، واقتصر « الحاوي » على الصورة الثانية ، فقال [ص ٣٢١] : (**وبما لا يبقىٰ دونه**) .

وفي « الروضة » وأصلها في هٰذه الصورة أربعة أوجه بلا ترجيح :

البطلان ، وبه قال أبو حامد وأبو الطيب وابن الصباغ .

والصحة .

والفرق بين ما يبقى البدن دونه أم لا ، وصححه البغوي .

والفرق بين ما يعبر به عن جميع البدن ؛ كالرأس والرقبة . . فيصح ، وإلا . . فلا ، وصححه القفال ، ثم ذكر أن الجزء الشائع كالجزء الذي لا يبقى البدن دونه ، فيكون فيه الوجهان ، ثم زاد في « الروضة » : أن صاحب « الحاوي » قطع بالصحة فيما لا يحيىٰ دونه أو جزء شائع(٤) .

٢٣٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن تكفل ببدن من عليه قصاص أو حد قذف** . . **صح**) تعبير « المنهاج » بـ (**عقوبة لآدمي**)(٥) أعم ؛ لدخول التعزير فيها ، ويوافقه تعبير « الحاوي » لأنه لم يستثن سوىٰ حق الله تعالىٰ(٦) .

٢٣٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦ ، ١٠٧] ـ والعبارة له ـ و« المنهاج » [ص ٢٦٧] : (**وإن تكفل ببدن من عليه حد لله تعالىٰ** . . **لم يصح**) قد يقتضي جواز التكفل ببدن من عليه تعزير لله ، وقد خرج ذلك بقول « الحاوي » [ص ٣٢١] : (**لا لحق الله**) لكن يرد عليه الزكاة ؛ فإنه يصح ضمانها عمن هي عليه على الصحيح مع أنها حق الله تعالىٰ .

٢٣٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٧] : (**وتصح ببدن صبيٍ ومجنونٍ**) أي : بإذن وليهما ؛ لأنه قد

---

(١) الحاوي (ص ٣٢١) ، المنهاج (ص ٢٦٧) .
(٢) الحاوي (ص ٣٢١) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٣١) .
(٤) الروضة (٤/ ٢٦٢ ، ٢٦٣) ، وانظر « التهذيب » (٤/ ١٩٢) ، و« الحاوي الكبير » (٦/ ٤٦٥) .
(٥) المنهاج (ص ٢٦٧) .
(٦) الحاوي (ص ٣٢١) .

يجب إحضارهما ليشهد علىٰ صورتهما في الإتلاف وغيره ، وحينئذ . . فله مطالبة الولي بإحضارهما عند الحاجة[1] .

٢٣٣١ـ قوله : (**وغائب**)[2] فيه أمران :

أحدهما : أن محله **على الأصح** : ما إذا تقدم منه الإذن .

ثانيهما : ظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين أن يغيب إلىٰ موضع يلزمه الحضور منه أم لا ؛ بأن غاب إلىٰ فوق مسافة العدوىٰ وثم حاكم[3] ، وبه صرح الرافعي ، لكنه حكىٰ في موضع آخر عن الإمام : الجزم بعدم الصحة من مسافة القصر ، وأقره ، لكنه قال بعد ذلك : إنه تفريع علىٰ أنه لا يلزمه الحضور منه[4] ، **والأصح** : خلافه ، ومال في « المطلب » إلىٰ عدم الصحة ؛ لأنه التزام ما لا يلزم .

وقال السبكي : إن ما في « المنهاج » ظاهر إذا كان دون العدوىٰ أو فوقها وتكفل بإحضاره إلىٰ مكان يلزمه الحضور فيه ، وإلا . . **فالصحيح** : أنه إنما يلزمه الحضور من مسافة العدوىٰ إذا لم يكن ثم حاكم ، ففوقها أو ثم حاكم فيها . . لا ينبغي أن يصح بلا شك إذا لم يأذن ، فإن أذن . . فقد يقال : لا يصح أيضاً ؛ لأنه التزام ما لا يلزم ، وإذنه لا يغير الحكم . انتهىٰ[5] .

٢٣٣٢ـ قوله : (**وميتٍ ليُحْضِرَهُ فَيُشْهَدَ علىٰ صورته**)[6] فيه أمور :

أحدها : أن محل ذلك : إذا لم يعرف بنسبه .

ثانيها : أن محل ذلك : قبل الدفن ، وإلا . . لم تصح الكفالة وإن لم يتغير كما دل عليه كلامهم فيما إذا مات بعد الكفالة ، قاله شيخنا الإسنوي .

ثالثها : قال في « المطلب » : إذا شرطنا إذن المكفول ببدنه . . فيظهر اشتراط إذن الوارث[7] .

قال في « المهمات » : سكت عمن يعتبر إذنه ، **والظاهر** : أنه جميع الورثة .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٩٩) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٧) .

(٣) **مسافة العدوىٰ** : هي التي يمكن قطعها في اليوم الواحد ذهاباً وإياباً ، وأما لفظ (العدوىٰ) : ففي « الصحاح » : أنه الاسم من الإعداء وهي المعونة ، يقال : أعدى الأمير فلاناً علىٰ فلان ؛ أي : أعانه عليه ، والعدوىٰ أيضاً : ما يعدي من جرب وغيره ، وهو مجاوزته من صاحبه إلىٰ غيره ، فقيل لهـٰذه المسافة : مسافة العدوىٰ ؛ لأن القاضي يعدي من استعداه على الغائب عليها فيحضره ، ويمكن أن يُجعل من الإعداء بالمعنى الثاني لسهولة المجاوزة من أحد الموضعين إلى الآخر . انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٦٢) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ١٧) ، و« فتح العزيز » (٥/ ١٦١) .

(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٢٩٩) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٧) .

(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٣٠٠) .

٢٣٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٢٢] : (**ويبرأ الكفيل بتسليمه في مكان التسليم بلا حائلٍ كمتغلبٍ**) يقتضي عدم البراءة بتسليمه في غير مكان التسليم ، وهو كذلك إذا كان للمضمون له غرض في الامتناع ، فإن لم يكن له غرض . . قال الرافعي : **فالظاهر** : لزوم قبوله ، فإن أبىٰ . . رفعه إلى الحاكم ؛ ليتسلمه عنه ، فإن لم يكن حاكم . . أشهد شاهدين أنه سلمه له[١] .

ونظير ذلك قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن أحضره قبل المحل وليس عليه ضرر في قبوله . . وجب قبوله**) فلو قال : (ضمنت إحضاره كلما طلبه المكفول له) . . فهـٰذا قد يتبادر إلى الفهم أنه يتكرر ، ولا يخرج عن العهدة ما دام طلبه ثابتاً على المكفول ببدنه .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يقتضيه النظر السديد : أنه لا يلزم غير المرة الواحدة ، وأنه يكون مقتضى التكرير تعليق الضمان علىٰ طلب المكفول له ، وتعليق الضمان باطل[٢] .

٢٣٣٤ـ قول «التنبيه» [ص ١٠٧]: (**وإن سلّم المكفول به نفسه . . برىء الكفيل**) شرطه أن يقول: (سلّمت نفسي عن جهة الكفيل) ولا يكفي مجرد تسليمه نفسه، صرح به « المنهاج » و«الحاوي»[٣].

وقد يفهم من عبارتهم : أن الكفيل لا يبرأ بتسليم أجنبي للمكفول ، وليس علىٰ إطلاقه ، بل يبرأ أيضاً بتسليمه عن الكفيل بإذنه ، وكذا بلا إذن إن قبل المكفول .

٢٣٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن غاب . . لم يطالبه حتىٰ يمضي زمان يمكن المضي فيه إليه**) لا بد من اعتبار مدة الرجوع أيضاً ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وشرط إلزامه بإحضاره : أمن الطريق ، وألاَّ يكون ثم من يمنعه منه .

٢٣٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٢٢] : (**فإن مضت ولم يُحضره . . حُبِسَ**) شرط الحبس : ألاَّ يؤدي الدين ، وإذا أدَّىٰ ثم حضر المكفول ببدنه . . **فالمتجه ـ كما قال شيخنا الإسنوي ـ** : أن له استرداده[٥] .

٢٣٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن مات . . سقطت الكفالة**) فيه أمران :

أحدهما : أن **الأصح** عند الرافعي والنووي : أنه إذا لم يكن مشهور النسب واحتيج إلىٰ إقامة الشهادة علىٰ عينه . . أنه يطالب بإحضاره ما لم يدفن[٦] ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٢٦٨] :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/١٦٣) .
(٢) انظر « حاشية الرملي » (٢/٢٤٢) .
(٣) الحاوي (ص ٣٢٢) ، المنهاج (ص ٢٦٧) .
(٤) الحاوي (ص ٣٢٢) ، المنهاج (ص ٢٦٧) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٣٠١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/١٦٥) ، و« الروضة » (٤/٢٥٨) .

(**والأصح : أنه إذا مات ودفن . . لا يطالب الكفيل بالمال**) ، لكن **الحق** : أن التقييد بالدفن إنما يحتاج إليه إذا كان الكلام في سقوط الكفالة كما في « التنبيه » ، فأما إذا كان الكلام في عدم المطالبة بالمال كما في « المنهاج » . . فلا يحتاج إليه ، بل يستوي في الوجهين قبل الدفن وبعده ؛ ولهـٰذا لم يذكر « الحاوي » هـٰذا القيد لما كان كلامه في لزوم المال ، وقد ذكر ذلك شيخنا الإسنوي ، لكن في « شرح السبكي » ما يخالفه ، ويميل إلىٰ تصويب التقييد .

ثانيهما : في معنىٰ موته في عدم المطالبة بالمال : هربه وتواريه ، وقد ذكره « الحاوي »[1] ، ولم يذكره « المنهاج » ، وقد يقال : إنما لم يذكره « التنبيه » لأنه قال : (**سقطت الكفالة**) ، والكفالة لا تسقط بهربه وتواريه ، وإنما تتأخر المطالبة ، لكنه يرد على « المنهاج » فإنه قال [ص ٢٦٨] : (**لا يطالب بالمال**) ، وهـٰذا مشترك بين الصور كلها .

٢٣٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وقيل : يطالب الكفيل بما عليه من الحق**) فيه أمران :

أحدهما : ظاهر كلامه : أن هـٰذا الوجه مطلق ، وقال السبكي والإسنوي : ظاهر كلامهم أن محله : إذا لم يخلِّف المكفول وفاءً ، وهـٰذا ينكت به علىٰ إطلاق « المنهاج » الوجهين أيضاً .

ثانيهما : أن تعبيره بالحق يتناول العقوبة مع أنه لا يطالب بها جزماً ؛ ولذلك عبر « المنهاج » و« الحاوي » : بالمال[2] ، وقال النووي في « الروضة » ـ تفريعاً على المطالبة ـ : **المختار** : المطالبة بالدين[3] .

٢٣٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن تكفل به بغير إذنه . . لم يصح ، وقيل : يصح**) ، وعبارة « المنهاج » [ص ٢٦٨] : (**وأنها لا تصح بغير رضا المكفول**) محل الوجه المرجوح : ما إذا تكفل بعد ثبوت المال ، أما قبله : فلا يصح بدون إذن قطعاً ، حكاه في « الكفاية » عن القاضي حسين ، ولا بد من التنبيه هنا علىٰ ما تقدم من أن الكفالة ببدن الصبي والمجنون يعتبر فيها إذن وليه ، وببدن الميت يعتبر فيها إذن وارثه .

فصل

[شروط الضمان والكفالة]

٢٣٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] : (**يشترط في الضمان والكفالة لفظٌ يُشعر بالالتزام**) يخرج الخط وإشارة الأخرس مع أن الضمان ينعقد بهما ، وهـٰذا يرد أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٣٢٢] :

---

(١) الحاوي (ص ٣٢٢) .
(٢) الحاوي (ص ٣٢٢) ، المنهاج (ص ٢٦٨) .
(٣) الروضة (٤/٢٥٨) .

(**بلفظ الالتزام**) ، وقول « المنهاج » تبعاً لـ« المحرر » : (**يشعر**)[1] قال السبكي : إنه أحسن من قول « الروضة » وأصلها : (صيغة دالة)[2] لأن الضمان بالكناية صحيح ؛ إما قطعاً ، وإما على الأصح ، وهي مشعرة لا دالة[3] .

٢٣٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] و« الحاوي » [ص ٣٢٢] : (كـ « **ضمنت دينك** ») زاد في « المحرر » و« الشرح » و« الروضة » : (لك)[4] .

٢٣٤٢ـ قولهما أيضاً ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو قال : « أؤدي المال أو أحضر الشخص » . . فهو وعدٌ**)[5] محله : عند عدم القرينة ، أما معها . . فقال في « المطلب » : ينبغي أن يصح ، قال : ولكني لم أره ، وأيده السبكي بشيء من كلام الماوردي وغيره[6] .

٢٣٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] : (**والأصح : أنه لا يجوز تعليقهما بشرطٍ**) أورد عليه : أنه لا يحسن التعبير فيهما بالأصح ؛ إذ ليس الخلاف فيهما على السواء ، وعبارة « الروضة » في تعليق الضمان : لم يصح على المذهب ، كما لا يصح مؤقتاً ، وعن ابن سريج : إذا جاز على القديم ضمان المجهول وما لم يجب . . جاز التعليق ، وأما الكفالة : فإن جوزنا تعليق ضمان المال . . فأولىٰ ، وإلا . . فوجهان كتعليق الوكالة ، والفرق : أن الكفالة مبنية على الحاجة . انتهىٰ[7] .

٢٣٤٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣٢٣] : (**لا تأخيرٍ معلومٍ في الإحضار**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] : (**ولو نجزها وشرط تأخير الإحضار شهراً . جاز**) لتصريح « الحاوي » بأنه لا بد من العلم بالأجل ، وذلك مأخوذ من قول « المنهاج » : (**شهراً**) ، وهما معاً أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وإن شرط فيه أجلاً . طولب به عند المحل**) فإنه ليس فيه تصريح باشتراط كون الأجل معلوماً ؛ فإنه قد يتناول ما إذا أجل بالحصاد والقطاف ، وهو باطل في الأصح .

٢٣٤٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٢٣] ـ والعبارة له ـ و« التنبيه » [ص ١٠٧] : (**بلا شرط خيار**) أي : للضامن ، فإن شرط للمضمون له . . لم يضر كما في « الروضة » وأصلها[8] ، ويوافقه تقييد « التعليقة » ذلك بما إذا شرطه لنفسه ، ووقع في « توضيح البارزي الكبير » : أنه لا يصح بشرط الخيار لنفسه أو غيره ، وهو مردود .

---

(١) المحرر (ص ١٩١) .
(٢) فتح العزيز (٥/١٦٧) ، الروضة (٤/٢٦٠) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٣٠٢) .
(٤) المحرر (ص ١٩١) ، فتح العزيز (٥/١٦٧) ، الروضة (٤/٢٦٠) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٣٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٨) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٣٠٣) .
(٧) الروضة (٤/٢٦٠ ، ٢٦١) .
(٨) فتح العزيز (٥/١٦٧) ، الروضة (٤/٢٦٠) .

٢٣٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] و« الحاوي » [ص ٣٢٣] : (**ويصح ضمان الحال مؤجلاً**) زاد « المنهاج » [ص ٢٦٨] : (**أجلاً معلوماً**) وهو أحسن من قول « المحرر » : (ضمان المال الحال)[١] لشمول عبارتهما من تكفل كفالة مؤجلة ببدن من تكفل بغيره كفالة حالة .

٢٣٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] : (**وللمستحق مطالبة الضامن والأصيل**) أعم من قول « المحرر » و« الروضة » : (وللمضمون له)[٢] فإنه يشمل الوارث ، ولكنه يدخل المحتال مع أنه لا يطالب الضامن ؛ لأن ذمته قد برئت بالحوالة[٣] .

٢٣٤٨ـ قولهم : (**وإن أبرأ الأصيل . . بريء الكفيل**)[٤] لو قالوا : (وإن بريء الأصيل) . . لكان أكثر فائدة ؛ لشموله ما إذا بريء الأصيل من غير إبراء ، بل بأداء أو حوالة أو اعتياض .

٢٣٤٩ـ قولهم : (**ولو مات أحدهما . . حل عليه دون الآخر**)[٥] أحسن من قول « المحرر » : (ولو حل علىٰ أحدهما بموته)[٦] لإفادة العبارة الأولى الحلول بالموت مطلقاً[٧] .

٢٣٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٢٣] : (**وإذا طالب المستحق الضامن . . فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء إن ضمن بإذنه**) قد يفهم من مطالبته : جواز حبسه ، **والأصح** : خلافه ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٢٣] : (**ولا حبسه إن حبس**) ، وهو مشكل ؛ لأنه إذا انتفى الحبس . . لا يبقىٰ للمطالبة فائدة ؛ فإنه لا يبالي بها لا سيما وقد زاد ابن الرفعة في « المطلب » علىٰ ذلك : أنه لا يرسم عليه أيضاً ؛ ولذلك **صحح** السبكي : جواز حبسه ، وكذا قال شيخنا في « المهمات » : **المتجه** عند من أثبت له المطالبة بالخلاص : أن يجوز حبسه عند امتناعه من هـٰذا الحق . انتهىٰ .

ولو ضمن بإذن الولي في صورة الصغير والمجنون . . طالب الولي[٨] ، فلو اتفق ذلك بعد رشدهما . . **فالمتجه** : مطالبتهما ، وإذن الولي في حالة الحجر يقوم مقام إذنهما ، ولم أر من تعرض لذلك ، والله أعلم .

٢٣٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٩] : (**وللضامن الرجوع [على الأصيل]**[٩] **إن وُجد إذنه في**

---

(١) المحرر (ص ١٩١) .
(٢) المحرر (ص ١٩١) ، الروضة (٤/ ٢٦٤) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٣٠٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٨) .
(٦) المحرر (ص ١٩١) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٣٠٥) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/ ٣٠٦) .
(٩) ما بين معقوفين زيادة لازمة من « المنهاج » .

الضمان والأداء) ليس فيه تصريح بوجود الأداء ، مع أن الرجوع متوقف عليه بلا شك ؛ ولهـٰذا قال في « المحرر » : (إذا ضمن وأدىٰ بإذنه)[1] وصدر « التنبيه » المسألة بقوله [ص ١٠٦] : **(وإن قضى الكفيل الدين)** .

٢٣٥٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : **(وإن أذن في الضمان فقط . . رجع في الأصح)**[2] صورة المسألة : أن يسكت عن الأداء ، فلو نهاه عنه . . قال شيخنا الإسنوي : يتجه أنه إن نهاه بعد الضمان . . لم يؤثر ، أو قبله ؛ فإن انفصل عن الإذن . . فهو رجوع ، أو اتصل به . . أفسده . انتهى[3] .

ويستثنىٰ منه : ما إذا كان الضمان بالإذن قد ثبت بالبينة وهو منكر ، كما إذا ادعىٰ علىٰ زيد وعلىٰ غائب ألفاً ، وأن كلاً منهما ضمن ما على الآخر ، فأنكر زيد ، فأقام المدعي بذلك بيّنة ، وأخذ من زيد . . **فالأصح** : أن زيداً لا يرجع على الغائب بالنصف إذا كان مكذباً للبينة ؛ لأنه مظلوم بزعمه ، فلا يطالب غير ظالمه .

٢٣٥٣ـ قولهم فيما إذا أذن في الأداء دون الضمان : **(إنه لا يرجع)**[4] يستثنىٰ منه : ما إذا أذن في الأداء بشرط الرجوع . . **فصحح النووي** : أنه يرجع ، وهو أحد احتمالي الإمام[5] ، وحكاه في « الكفاية » عن الماوردي[6] .

٢٣٥٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : **(أو صالح عن مئةٍ بثوبٍ قيمته خمسون . . فالأصح : أنه لا يرجع إلا بما غَرِمَ)**[7] خرج به ما إذا باعه الثوب بمئة ثم تقاصا . . فإنه يرجع بالمئة قطعاً ، ولو باعه الثوب بما ضمنه له عن فلان . . **فالمختار** في « الروضة » من زوائده : أنه يصح البيع ، ويرجع بما ضمنه لا بالأقل[8] ، وادعىٰ في « التوشيح » ورود هـٰذه الصورة علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : **(وإن دفع إليه عن الدين ثوباً)** دون تعبير « المنهاج » : بالمصالحة ، وهو محتمل .

٢٣٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٩] : **(ثم إنما يرجع الضامن والمؤدِّي إذا أشهدا بالأداء رجلين أو رجلاً وامرأتين)** يكفي كونهما مستورين ـ وقد ذكر ذلك «الحاوي»[9] ـ ولو بان فسقهما **في الأصح** .

---

(١) المحرر (ص ١٩٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٤) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٩) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٣٠٦ ، ٣٠٧) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٤) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/٧) ، و« الروضة » (٤/٢٦٦) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٤٣٨) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٤) ، و« المنهاج » (ص ٢٦٩) .
(٨) الروضة (٤/٢٦٧) .
(٩) الحاوي (ص ٣٢٤) .

قال السبكي : وعندي أنه لا بد أن يعدلهما حاكم ، لكن لو كان يعلم عدالتهما ، وكانا ممن يزكيان عند الحاجة . . كفىٰ ، ولا يكفي إشهاده من يُعْلَم سفره عن قرب[١] .

٢٣٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٦٩] : **(وكذا رجلٌ ليحلف معه في الأصح)** محلهما : أن يموت الشاهد ، أو يغيب ، أو ترفع الواقعة إلىٰ حنفي لا يقضي بشاهد ويمين ، أما لو حضر وشهد وحلف معه عند من يحكم به . . رجع قطعاً ، حكاه في « المطلب » عن جماعة[٢] .

٢٣٥٧ـ قوله : **(فإن لم يُشْهِد . . فلا رجوع إن أدىٰ في غيبة الأصيل وكذبه ، وكذا إن صدقه في الأصح)**[٣] محلهما : إذا لم يأمره الأصيل بالإشهاد ، فإن أمره به ، فلم يفعل . . لم يرجع جزماً ، وإن أذن له في تركه . . رجع ، ذكرهما الروياني في « البحر »[٤] .

٢٣٥٨ـ قوله : **(فإن صدقه المضمون له أو أدىٰ بحضرة الأصيل . . رجع على المذهب)**[٥] عبر في « الروضة » في الأولىٰ بـ (الأصح) ، وفي الثانية بـ (الصحيح)[٦] .

٢٣٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٦] : **(فإن شرط ضماناً فاسداً في بيع . . بطل البيع في أحد القولين)** هو الأصح .

٢٣٦٠ـ قوله : **(فإن قال : « ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه » فألقاه . . لزمه ضمانه)**[٧] أطلق الضمان ، وشرطه : أن تشرف السفينة على الغرق ، وأن يكون فيها غير مالك المتاع .

* * *

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٣٠٨) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣/٣٠٨ ، ٣٠٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٩) .
(٤) بحر المذهب (٨/٩٦) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٦٩) .
(٦) الروضة (٤/٢٧١ ، ٢٧٢) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٠٦) .

كتاب الشركة

٢٣٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وأما شركة الأبدان ، وهي شركة ما يكتسبان بأبدانهما ، فهي باطلة**) يقتضي حصرها في الكسب بالبدن دون المال ، وأكّده بقوله بعده في شركة المفاوضة : (**وهو أن يشتركا علىٰ ما يكتسبان بأموالهما وأبدانهما**)[١] ، وقول « المنهاج » [ص ٢٧٠] : (**ليكون بينهما كسبهما**) قد يقتضي دخول المال في ذلك ، لكنه قال أولاً : (**كشركة الحمَّالين وسائر المحترفة**) ، وقال ثانياً : (**مع اتفاق الصنعة أو اختلافها**)[٢] ، وذلك يفهم أن الكلام في كسب البدن ، وعبارة « المحرر » : (ما يكسبان ويربحان)[٣] ، وذلك يقتضي دخول كسب المال ؛ فلذلك حمل شيخنا ابن النقيب قول « المنهاج » : (**كسبهما**) علىٰ كسب البدن والمال من غير خلط ، قال : وإليه أشار في « المحرر » بقوله : (ما يكسبان ويربحان) ، وفي « الروضة » نحوه . انتهىٰ[٤] .

وفيه نظر ؛ فعبارة « الروضة » في ذلك كعبارة « المنهاج » ، لا كعبارة « المحرر »[٥] .

٢٣٦٢ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وشركة الوجوه ؛ بأن يشترك الوجيهان ليبتاع كلٌّ منهما بمؤجل لهما ، فإذا باعا . . كان الفاضل عن الأثمان بينهما**)[٦] ، قال في « الروضة » : لها صور ، هٰذه أشهرها ، **والثانية** : أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض بيعه إلىٰ خامل ليكون الربح بينهما ، **والثالثة** ـ وبها فسر ابن كج والإمام ـ : أن يشترك وجيه فقير وخامل له مال ليكون العمل من الوجيه والمال من الخامل ، والمال بيده لا يسلمه إلى الوجيه ، والربح بينهما ، وهي في الحقيقة قراض فاسد ، وفي الصورتين لكل منهما ربح ما اشتراه ، وعليه خسرانه ، ولا يشاركه فيه الآخر إلا إذا أذن كل منهما للآخر في شراء شيء معلوم بينهما بشرط التوكيل ، وقصد المشتري بالشراء أنه بينهما . . كان بينهما ، وربحه لهما[٧] ، واقتصر « الحاوي » على الصورة الثالثة ، فقال [ص ٣٢٦] : (**ولبائع مال غيرٍ لبعض ربحه أجر المثل**) ، وقد عرفت أن الأولىٰ أشهر صورها .

---

(١) التنبيه (ص ١٠٧) .

(٢) المنهاج (ص ٢٧٠) .

(٣) المحرر (ص ١٩٣) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٦) .

(٥) الروضة (٤/٢٧٩) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٠٨) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٠) .

(٧) الروضة (٤ / ٢٨٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/٢٣) .

٢٣٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٢٥] : (**ويشترط فيها : لفظ يدل على الإذن في التصرف**) عبارة « الروضة » : (لفظ يدل على التجارة) ، قال شيخنا ابن النقيب : وهـٰذا أحسن ، فإن زاد في « المنهاج » : (فيها وفي أعواضها) . . استقام ، وإلا . . كان إذناً فيها فقط وليس بشركة ، إلا إن احتفّتْ به قرينة تعيّنها . انتهىٰ[١] .

ثم اعلم : أن المراد : إذن كل منهما للآخر في نصيب نفسه ، فإن أذن أحدهما فقط . . تصرف الآخر في الكل والآذن في نصيبه فقط ، ولا يتجر إلا فيما أذن له فيه ، فإن قال : (اتجر فيما شئت) . . صح **في الأصح** ، وكذا لو أطلق وقال : (اتجر) كما **صححه** النووي[٢] ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**وهو أن يعقدا علىٰ ما تجوز الشركة عليه**) ، قال في « الكفاية » : ففيه الاكتفاء بقولهما : (اشتركنا في هـٰذا المال) ، **والأصح** : اعتبار الإذن في التصرف .

٢٣٦٤ـ قولهما أيضاً : (**وفيهما : أهلية التوكيل والتوكل**)[٣] أي : إذا أذن كل منهما للآخر في **التصرف** ، كما قاله في « المطلب » ، فإن كان المتصرف أحدهما فقط . . اشترط فيه : أهلية التوكل ، وفي الآذن : أهلية التوكيل حتىٰ يصح أن يكون الثاني أعمىٰ دون الأول[٤] .

٢٣٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٧] : (**ولا تصح إلا على الأثمان علىٰ ظاهر النص ، وقيل : تصح علىٰ كل ما له مثل ، وهو الأظهر**) ، وكذا رجحه « المنهاج »[٥] ، وإليه أشار « الحاوي » بقوله [ص ٣٢٥] : (**في مالٍ مشتركٍ أبى التمييز**) .

لكن قول « المنهاج » [ص ٢٧٠] : (**وقيل : تختص بالنقد المضروب**) يقتضي أنه وجه ، **ورجح** في « الروضة » : أن الخلاف قولان[٦] ، وقوله : (**المضروب**) قد يفهم أن غير المضروب يسمىٰ نقداً ، وليس كذلك ، واحترز به عن التبر والسبائك والحلي ؛ فإنهم أطلقوا المنع فيها ، قال الرافعي : ويجوز تخريجه علىٰ أنه مثليٌّ أو متقوم ، وما بحثه صرح به في « التتمة »[٧] ، **وصحح** النووي : الصحة في الدراهم المغشوشة الرائجة[٨] .

ولا يرد ذلك عليهما ؛ لأنهما من الأثمان ومن المثليات ، وفي (الدعوىٰ والبينات) من الرافعي

---

(١) الروضة (٤/٢٧٥) ، وانظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٧) .
(٢) انظر « الروضة » (٤/٢٧٦) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٣٢٥) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٠) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٨) .
(٥) المنهاج (ص ٢٠٧) .
(٦) الروضة (٤/٢٧٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/١٨٨) .
(٨) انظر « الروضة » (٤/٢٧٦) .

في الدعوىٰ بالمغشوشة ما يقتضي خلافاً في أنها مثلية أو متقومة[1] ، وخرجه المتولي على التعامل بها[2] .

وقال ابن الرفعة : إذا أتلف المغشوشة . . لا يضمن بمثلها ، بل بقيمة الدراهم ذهباً ، والذهب دراهم بلا خلاف .

قال في « التوشيح » : وهو غير مُسلّم ، بل الخلاف موجود في كلامهم تصريحاً وتلويحاً ، وقضية كونها مثلية على **الأصح** : أن يكون **الأصح** : ضمانها بالمثل ، **وهو الوجه** .

٢٣٦٦ـ قولهما : (**ويشترط خلط المالين**)[3] أي : قبل العقد ، وذلك مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٣٢٥] : (**في مالٍ مشتركٍ أبى التمييز**) فإنه يفهم أن إباءه التمييز متقدم على العقد .

٢٣٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧١] : (**والحيلة في الشركة في العروض** ـ أي : باقيها ؛ فإن المثليات عروض ـ : **أن يبيع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف**) ، ينبغي أن يقول : (ثم يأذن له في التصرف) كما في « التنبيه »[4] فإنه يجب تأخير الإذن عن البيع .

ويرد عليهما معاً : أنه لا يحتاج إلىٰ لفظة (كل) ، فلو باع أحدهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر . . حصل الغرض ، وتعبيرهما أحسن من قول « المحرر » : (نصف بنصف)[5] فإنه يجوز بيع أحدهما ربع عرضه بثلاثة أرباع عرض الآخر ، فيصير مشتركاً بينهما كذلك[6] .

٢٣٦٨ـ قول « الحاوي » [ص ٣٢٥] : (**وإن اختلف القدر أو جُهل**) يقتضي الصحة مع الجهل بالقدر مطلقاً ، وإنما يُغتفر الجهل به حال العقد مع إمكان معرفته بعده ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٧١] : (**والأصح : أنه لا يشترط العلم بقدرهما عند العقد**) أما إذا جهلا القدر وعلما النسبة ؛ بأن وضع أحدهما الدراهم في كفة الميزان والآخر مقابلها مثلاً . . فيصح جزماً ، قاله الماوردي وغيره[7] .

٢٣٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧١] : (**ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر**) يقتضي جواز البيع بثمن المثل مع راغب بزيادة، وذلك تقصير في حق الشريك، وعبر في « المحرر » بـ(الغبطة)[8] ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٥٦) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/١٨٨) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٠٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٠) .
(٤) التنبيه (ص ١٠٧) .
(٥) المحرر (ص ١٩٤) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٩) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٤٧٤ ، ٤٧٥) .
(٨) المحرر (ص ١٩٤) .

وهو : شراء ما فيه ربح عاجل له بال[١] ، وفي تكليف الشريك مثل ذلك مشقة وعسر ، **والأحسن** : التوسط بينهما ، واعتبار المصلحة خاصة كشراء ما يتوقع ربحه ، فلا نكتفي بعدم الضرر ، ولا نُكَلِّفُه الغبطة ، وفي « الروضة » وأصلها : أن تصرف الشريك كالوكيل[٢] ، وذلك يقتضي ما ذكرناه ، والله أعلم .

٢٣٧٠ـ قوله : (**فلا يبيع نسيئة ولا بغير نقد البلد ولا بغبنٍ فاحشٍ ولا يسافر به ولا يُبضعه بغير إذنٍ**)[٣] يعود إلى الجميع ، فإن فعل. . لم يصح في نصيب شريكه ، وفي نصيبه قولا تفريق الصفقة ، إلا السفر ؛ فإنه لا يمنع الصحة وإن ضمن .

٢٣٧١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**وإن مات أحدهما أو جن. . انفسخت الشركة**) لم يذكر الإغماء ، وذكره « المنهاج » وغيره ، وفي « البحر » : أنّ يَسِيرَهُ الذي لا يسقط فيه فرض صلاة واحدة لمرور وقتها. . لا يضر[٤] .

٢٣٧٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**والربح والخسران علىٰ قدر المالين ، فإن شرطا خلافه. . فسد العقد ، فيرجع كلٌّ على الآخر بأجرة عمله في ماله**)[٥] أي : في مال الآخر ، أورد عليه : ما إذا تساويا في المال وتفاوتا في العمل ، وشرط الأقل للأكثر عملاً. . فإن **الأصح** : أنه لا يرجع بالزائد ؛ لأنه عمل متبرعاً .

٢٣٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**والشريك أمين فيما يدعيه من الهلاك**) يرد عليه : أنه لو ادعاه بسبب ظاهر. . طولب ببينة بالسبب ، ثم يُصدَّق في التلف به ، وقد ذكره « المنهاج »[٦] .

* * *

---

(١) انظر « شرح المنهج » (٣/٣٩٧) .
(٢) فتح العزيز (٥/١٩٥) ، الروضة (٤/٢٨٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٧١) .
(٤) بحر المذهب (٨/١٣٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٠٧) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٥) ، و« المنهاج » (ص ٢٧١) .
(٦) المنهاج (ص ٢٧١) .

كتاب الوكالة

٢٣٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٢] : **(إنه لا يصح توكيل المرأة في النكاح)** أي : توكيلها أجنبياً في تزويجها ، أما لو أذنت لوليها بصيغة التوكيل.. قال في « البيان » : صح ، نص عليه الشافعي[١] .

٢٣٧٥ـ قوله : **(والمُحْرِمِ في النكاح)**[٢] أي : توكيل المُحْرِم حلالاً ، والمراد : إذا وكله ليعقد عنه حال إحرام الموكِّل ، فإنْ قال : لتُزَوّج بعد تَحللي.. صح ، قاله الرافعي في (النكاح) تبعاً للقاضي حسين ، واختار السبكي المنع ، فإن أطلق.. صح عند الرافعي دون القاضي .

ولو وكل حلال مُحْرِماً في التوكيل في التزويج.. صح عند الرافعي خلافاً للسبكي أيضاً[٣] ، وإنما حملت عبارة « المنهاج » علىٰ أن المصدر مضاف للفاعل ، وأن المراد : كون المرأة والمُحْرِم موكلين ؛ لذكره ذلك في صور شرط الموكِّل ، وهو صحة مباشرته ما وكل فيه ، ولو حمل علىٰ إضافة المصدر للمفعول ، وأن المراد : منع كون المرأة والمُحْرِم وكيلين في النكاح.. لاستقام في الحكم أيضاً ، لكنه لا يلائم سياق كلامه ، والله أعلم .

٢٣٧٦ـ قوله : **(ويصح توكيل الولي في حق الطفل)**[٤] تبع فيه « المحرر »[٥] ، ولو حذف الطفل كما في « الروضة » ليدخل المجنون ونحوه.. لكان أشمل .

٢٣٧٧ـ قوله : **(ويستثنىٰ توكيل الأعمىٰ في البيع والشراء.. فيصح)**[٦] ، وكذا في « الحاوي »[٧] ، وفيه أمران :

أحدهما : أن ذلك لا يختص بالبيع والشراء ؛ فسائر العقود كذلك ؛ كالإجارة والأخذ بالشفعة وغيرهما .

ثانيهما : لم يستثنيا غير هـٰذه الصورة ، ولم يستثن في « التنبيه » شيئاً أصلاً ، ويستثنىٰ مع ذلك مسائل :

---

(١) البيان (٩/١٩٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٦١) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٥) المحرر (ص ١٩٥) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٧) الحاوي (ص ٣٢٨) .

منها : لو وكل مُحْرِم في التزويج حلالاً ليزوج بعد التحلل ، أو أطلق ، أو وكل حلال محرماً في التوكيل كما تقدم .

ومنها : لو وكل الولي امرأة لتوكل رجلاً عنه ، أو مطلقاً في تزويج ابنته . . صح ، بخلاف ما لو وكلته عن نفسها .

ومنها : لو وكل المشتري البائع في أن يوكل من يقبض ثمنه منه . . فإنه يصح مع منع قبضه من نفسه .

ومنها : التوكيل في الطلاق تفريعاً علىٰ صحة الدور ؛ فإنه لو بَاشَرَهُ . . لم يقع مع وقوعه من وكيله .

ومنها : التوكيل في استيفاء القصاص في الطرف وحد القذف . . فإنه يصح ، ولا يجوز أن يباشر ذلك بنفسه ؛ خشية الحيف .

ومنها : أن الإمام الفاسق لا يزوج الأيامىٰ ، ولا يقضي كما لا يشهد ، ولكنه ينصب القضاة حتىٰ يزوجوا ، حكاه المتولي عن القاضي حسين ؛ وعلله المتولي : بأنا إنما لم نعزله بالفسق ، لخوف الفتنة ، وليس في منعه من القضاء والتزويج إثارة فتنة ، وحكاه في « التوشيح » عن تصحيح والده في (النكاح) ، لكن **الأصح** في « أصل الروضة » : أنه يزوج بناته وبنات غيره[(١)] .

واعلم : أن المفهوم من عبارتهم : أن كل من صح أن يباشر الشيء بنفسه . . صح أن يوكل فيه ، ويستثنىٰ من ذلك مسائل أيضاً :

منها : غير المجبر إذا أذنت له في التزويج ونهته عن التوكيل .

ومنها : الظافر بحقه لا يوكل في كسر الباب وأخذ حقه .

ومنها : الوكيل ليس له أن يستقل بالتوكيل فيما يقدر عليه **في الأصح** ، وفي معناه : العبد المأذون ، وكذا الوصي فيما يتولاه مثله ، كما ذكره في « الروضة »[(٢)] .

ومنها : السفيه المأذون له في النكاح . . ليس له التوكيل فيه ، كما حكاه الرافعي عن ابن كج ؛ فإن حجره لم يرتفع إلا عن مباشرته ، قال في « الكفاية » : والعبد كذلك .

ومنها : المرأة ليس لها أن توكل غير زوجها بغير إذنه كما في « الكفاية » عن الماوردي[(٣)] .

ومنها : من أسلم علىٰ أكثر من أربع نسوة . . له أن يختار أربعاً ، ولا يوكل في ذلك ، إلا إذا عين للوكيل المختارات للنكاح . . فيجوز **على الأصح** .

---

(١) الروضة (٧/ ٦٤ ، ٦٥) .

(٢) الروضة (٤/ ٢٩٧ ، ٢٩٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٥٠٨) .

٢٣٧٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**شرط الوكيل : صحة مباشرته التصرف لنفسه**)[١]

استثنى الثلاثة منه : اعتماد قول الصبي في الإذن في دخول دارٍ وإيصال هديةٍ ، وقيده « التنبيه » بالتمييز[٢] ، ولا بد منه ، وعبر عنه « المنهاج » بالصحيح[٣] ، وكذا في « الروضة » هنا ، قال : فيه وجهان سبقا في البيع[٤] ، لكن الذي في البيع طريقان ، **أصحهما** : القطع بالاعتماد ، **والثانية** : الوجهان في روايته[٥] .

ومحل الخلاف : أن يكون مأموناً ، وإلا . . فلا قطعاً ، وألاَّ تحتف به قرائن تفيد العلم ، فإن احتفت به . . اعتمد قطعاً ، وهـٰذا في الهدية لأجل إباحة الطعام ، وأما الملك . . فلا يحصل إلا بإيجاب وقبول **على الصحيح** ، قاله ابن عجيل اليمني .

واستثنى « المنهاج » صورة ثانية ، وهي : صحة توكيل عبدٍ في قبول النكاح وإن لم يأذن سيده **على الأصح**[٦] ، مع كونه يمتنع قبوله لنفسه بغير إذن سيده ، والسفيه كالعبد في ذلك .

ويستثنىٰ مع ذلك مسائل أيضاً :

منها : توكيل المسلم كافراً في شراء مسلم . . فإنه يصح مع امتناع شرائه لنفسه .

ومنها : توكيل المرأة في طلاق غيرها . . فإنه يصح **على الأصح** ، وحكى « التنبيه » فيه في (الطلاق) وجهين من غير ترجيح[٧] .

ومنها : توكيل المسلم كافراً في طلاق المسلمة ، ذكره الرافعي في (الخلع)[٨] ، وفيه وجه في « الروضة »[٩] .

ومنها : توكيل معسر موسراً في تزويج أمته . . فيجوز ، كما ذكره البغوي في « فتاويه » .

ومنها : توكيل شخص في قبول نكاح أخته ، وفي قبول نكاح أخت زوجته ونحوها ، ومن تحته أربع في قبول نكاح امرأة ، ويستثنىٰ من عكسه ـ وهو : أن من جاز تصرفه لنفسه . . جاز أن يتوكل فيه عن غيره ـ منع توكيل الولي فاسقاً في بيع مال الطفل ، والله أعلم .

٢٣٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن وكل عبداً لغيره في شراء نفسه له من مولاه . . فقد**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٨) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٨) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٢) التنبيه (ص ١٠٨) .
(٣) المنهاج (ص ٢٧٢) .
(٤) الروضة (٤/٢٩٨) .
(٥) الروضة (٣/٣٤٣) .
(٦) المنهاج (ص ٢٧٢) .
(٧) التنبيه (ص ١٧٣ ، ١٧٤) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٢٨) .
(٩) الروضة (٤/٢٩٩) .

قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز) الأصح : جوازه ، قال صاحب « التقريب » : ويجب التصريح بالموكل ، وإلا . . فهو صريح في العتق لا ينصرف بالنية ، وكلام الجرجاني يقتضي أنه لا يجب ، وينصرف بالنية ، وتوكيله في شراء شيء غيره من مولاه كتوكيله في شراء نفسه ، وقوله : **(من مولاه)** زيادة إيضاح ، وفرض في « الكفاية » الخلاف فيما إذا أذن السيد له في الوكالة ، ثم قال : وقال البغوي : لا حاجة للإذن قبل الشراء ؛ لتضمن بيعه إذنه[1] ، وقال القاضي : إن أذن . . جاز قطعاً ، وإلا . . فالخلاف .

٢٣٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٢٨] : **(وشرط الموكَّل فيه : أن يملكه الموكِّل ، فلو وكل ببيع عبدٍ سيملكه ، وطلاق من سينكحها . . بطل في الأصح)** فيه أمران :

أحدهما : أن محل الخلاف : إذا عين العبد أو المرأة بوصف ، أو أتىٰ بلفظ عموم ؛ مثل : كل عبدٍ أو امرأةٍ ، وأما النكرة الصِّرفةُ . . فلا تصح جزماً ، قاله البغوي في « فتاويه » ، فلا بد علىٰ هٰذا من تقييد قوله : **(عبدٍ)** بما إذا كان معيناً ، وحمل **(من)** في قوله : **(من سينكحها)** على العموم .

ثانيهما : يستثنىٰ من ذلك : ما لو جعله تبعاً لموجود ؛ كتوكيله في بيع عبده الفلاني ، وما سيملكه . . ففيه احتمالان للرافعي[2] ، والمنقول عن الشيخ أبي حامد وغيره : الصحة .

٢٣٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : **(وأما حقوق الله تعالىٰ : فما كان منها عبادة . . لا يجوز التوكيل فيها إلا في الزكاة والحج)** زاد « المنهاج » [ص ٢٧٢] : **(وذبح أضحية)** ، وذكره « التنبيه » في بابه ؛ حيث قال : **(والأفضل : أن يذبح بنفسه)**[3] ، ويستثنىٰ مع ما ذكره : العمرة ، وركعتا الطواف والرمي ، وهي مأخوذة من الحج ، وشرط النيابة في ركعتي الطواف : كونه تبعاً لحج أو عمرة ، فلو أفردهما بالتوكيل . . لم يصح ، ذكره الرافعي في (الوصية)[4] ، وتفرقة الكفارات والنذر وصدقة التطوع ، وهي مأخوذة من الزكاة ، وذبح العقيقة والهدايا وشاة الوليمة ونحوها ، وهي مأخوذة من الأضحية .

ويستثنىٰ أيضاً : صوم الولي عن الميت **على القديم المختار** .

واستثنىٰ بعضهم : العاجز يأمر من يوضئه أو ييممه ، وفي استثنائه نظر ؛ لأن المتوضىء والمتيمم حقيقة هو العاجز ، ولا ينسب فعل العبادة إلى الموضىء له .

---

(١) انظر « التهذيب » (٣/ ٥٥٥) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٢٤٢ ، ٢٤٣) .

(٣) التنبيه (ص ٧٠) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ١٣١) .

وقال شيخنا الإمام شهاب الدين بن النقيب : ينبغي استثناء الوقف أيضاً ؛ فإنه قربة ، ويصح التوكيل فيه[1] .

٢٣٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٢] : (**ولا في شهادةٍ ، وإيلاءٍ ، ولعانٍ ، وسائر الأيمان**) أي : باقيها ؛ فإن الإيلاء واللعان من جملتها ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٢٧] : (**واليمين ؛ كاللعان ، والإيلاء**) وقول « التنبيه » : (**والإيلاء**) بعد ذكر الأيمان من عطف الخاص على العام ، وفي معنى الأيمان : تعليق الطلاق ، **وهو الأصح** ، وقيل : يجوز ، وأيده السبكي بجوازه في الخلع والكتابة ، وفيهما التعليق ، وقيل : إن كان فيه حث أو منع . . امتنع ؛ لأنه يمين ، وإن كان مثل : إذا طلعت الشمس . . فلا ، واختاره السبكي ، وقواه شيخنا الإمام البلقيني[2] .

٢٣٨٣ـ قولهم : (**إنه لا يصح التوكيل في الظهار**)[3] في تصوير نطق الوكيل به إشكال ، قال في « المطلب » : لعل صورته أن يقول : (أنت علىٰ موكلي كظهر أمه) ، أو (جعلت موكلي مظاهراً منك) ، قال : **والأشبه** : أن يقول : موكلي يقول : (أنت عليه كظهر أمه) انتهىٰ[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الخلاف في الظهار يُستبعد من جهة أنه معصية ، والتوكيل في المعاصي لا يجوز قطعاً .

٢٣٨٤ـ قولهم : (**إنه يصح التوكيل في الطلاق**)[5] أي : في تنجيزه في معيّنةٍ ، أما تعليق الطلاق : فيمتنع التوكيل فيه **في الأصح** كما تقدم ، وقد ذكره « الحاوي »[6] ولذلك إذا طلق إحداهما . . لا يجوز التوكيل في تعيينها ، فلو أشار إلىٰ واحدة ، ووكله في تعيينها للفراق أو النكاح . . صح **في الأصح** ، وقد تقدم نظيره في الاختيار فيمن أسلم علىٰ أكثر من العدد الشرعي ، ولو وكله في تطليق إحداهما على الإبهام . . ففيه وجهان ، حكاهما الماوردي[7] .

وما ذكرناه في الطلاق يأتي مثله في العتاق أيضاً ، وهل يحتاج الوكيل إلىٰ أن ينوي عند الطلاق أنه يطلقها لموكله ؟ فيه وجهان في الرافعي عن شريح الروياني في أواخر الكلام على الصريح والكناية[8] .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٧) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٨) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٠٨) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٠٨) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٦) الحاوي (ص ٣٢٧) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ١٧٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٣٣) .

٢٣٨٥ـ قولهم : (**إنه يصح التوكيل في العقود**)[١] من جملتها : الضمان ، والوصية ، والحوالة ، وصيغة التوكيل فيها كما قال في « المطلب » : جعلت موكلي ضامناً لك كذا ، أو موصياً لك بكذا ، أو أحلتك بما لك عليه من كذا بنظيره مما له علىٰ فلان[٢] .

٢٣٨٦ـ قولهم : (**والفسوخ**)[٣] أي : التي ليست على الفور ، وإلا . . فقد يكون التأخير بالتوكيل فيه تقصيراً ، قاله الرافعي[٤] ، ونقله ابنُ الرفعة عن المتولي جزماً .

والمراد : حيث لم يكن عذر باشتغال بحمام أو أكل أو نحوهما .

ويستثنىٰ : فسخ نكاح الزائدات علىٰ أربع إذا أسلم عليهن كما تقدم ، وفي خيار الرؤية خلاف[٥] .

٢٣٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٢] : (**إنه يصح التوكيل في إقباض الديون**) وهو داخل في عموم عبارة « التنبيه » و« الحاوي »[٦] .

من الديون : الجزية ، فلو وكل الذمي في أدائها مسلماً . . ففيه خلاف ينبني علىٰ كيفية الأخذ ، كذا قيد في « الروضة » تبعاً لأصله بالمسلم[٧] ، والخلاف يأتي في توكيل ذمي أيضاً ؛ لأن التوكيل فيما وجب عليه من عُقوبةٍ باطلٌ ، وخرج بالديون : الأعيان ؛ فإنها وإن صح في قبضها . . لا يصح في إقباضها ؛ إذ ليس له دفعها لغير مالكها ، قاله الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، وفيه نظر .

٢٣٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**إنه يصح التوكيل في استيفاء الحقوق**) يستثنىٰ منه : حقُّ القَسْمِ ، وقد صرح به مع وضوحه في « البحر »[٨] ، وقبض عوض الصرف في غيبة الموكل ؛ لأن العقد يفسد بغيبته قبل القبض ، وهٰذا قد يرد علىٰ قول « الحاوي » أيضاً [ص ٣٢٧] : (**وقبض حقٍّ**) ، وعبر « المنهاج » [ص ٢٧٢] : (**بقبض الديون**) .

٢٣٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**وفي تملك المباحات ؛ كالصيد والحشيش والماء قولان**) فيه أمور :

أحدها : ما ذكره من أن الخلاف قولان هو الذي في « المنهاج » أيضاً[٩] ، وجعله الرافعي

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٨) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٩) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٠٨) ، و« الحاوي » (ص ٣٢٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٢٠٧) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٩) .
(٦) التنبيه (ص ١٠٨) ، الحاوي (ص ٣٢٧) .
(٧) الروضة (٤/ ٢٩١) .
(٨) بحر المذهب (٨/ ١٥١) .
(٩) المنهاج (ص ٢٧٣) .

في « شرحيه » وجهين[1] ، واستدرك عليه في « الروضة » فقال : قلد فيه بعض الخراسانيين ، وهما قولان مشهوران[2] .

واعترضه شيخنا الإسنوي : بأن الخلاف مخرج ، كما صرح به القاضيان أبو الطيب وحسين وغيرهما ، والمخرج يعبر عنه بالقول تارة ، وبالوجه أخرىٰ[3] .

ثانيها : أن **الأظهر** : الجواز ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

ثالثها : قد يدخل في عبارته الالتقاط ، وهو الذي في « الروضة » وأصلها في أواخر (اللقطة) أنه على القولين في تملك المباحات ، وحكاه في « الروضة » من زيادته هنا عن صاحب « البيان » بحثاً ، وحكىٰ عن ابن الصباغ : أنه لا يجوز التوكيل فيه قطعاً ، وقال النووي : **إنه أقوىٰ**[5] ، ووافقه شيخنا الإمام البلقيني ؛ لقوة شبهه بالاغتنام من جهة استمرار الملك لصاحب الملتقط ، واستمراره لصاحب المغتنم ، وأن إزالته باليد الجديدة . . فاختصت بالملك ، بخلاف الاحتطاب ونحوه .

٢٣٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : **(وفي الإقرار وجهان) الأصح** : المنع ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] ، وصورة لفظ الموكل : **(أَقِرَّ عَنِي لفلان بألف)** ، فلو لم يقل : (عني) . . لم يصح ، وصورة لفظ الوكيل : أقررت عنه بكذا ، وصوّرهُ بعضهم بقوله : جعلته مقراً بكذا ، **واختار** السبكي أن يقول : موكلي مقر بكذا[7] .

٢٣٩١ـ قول « الحاوي » [ص ٣٢٧] : **(ولا يصير به مقراً)** أي : تفريعاً **على الأصح** ؛ وهو : عدم صحة التوكيل ، كذا حكاه الرافعي عن تصحيح البغوي ، وحكىٰ مقابله عن اختيار الإمام[8] ، ونقله النووي عن الأكثرين ، قال : ولو قال : **(أقر عني لفلان بألف له عليّ)** . . **فهو إقرار بلا خلاف** ، صرح به الجرجاني وغيره . انتهىٰ[9] .

أما إذا صححنا التوكيل . . فلا يكون مقراً أيضاً كما **صححه النووي** ، وقطع به الجمهور[10] ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٠٨) .
(٢) الروضة (٤/٢٩٢) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٢٠) .
(٤) الحاوي (ص ٣٢٧) ، المنهاج (ص ٢٧٣) .
(٥) الروضة (٤/٢٩٣) ، وانظر « البيان » (٦/٣٩٦ ، ٣٩٧) .
(٦) الحاوي (ص ٣٢٧) ، المنهاج (ص ٢٧٣) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٢٠) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٧/٣٣) ، و« التهذيب » (٤/٢٠٩) ، و« فتح العزيز » (٥/٢٠٨) .
(٩) انظر « الروضة » (٤/٢٩٢ ، ٢٩٣) .
(١٠) انظر « الروضة » (٤/٢٩٢) .

وجزم « التنبيه » في بابه بمقابله ، فقال [ص ٢٧٤] : (**ومن وكل غيره في أن يقر عنه بمال .. لزمه المال وإن لم يقر به الوكيل**) ، وظاهره : أنه تفريع على الوجهين معاً .

٢٣٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**ويصح في استيفاء عقوبة آدمي ؛ كقصاصٍ وحدِّ قذفٍ**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يفهم المنع من التوكيل في استيفاء حد الله تعالىٰ ، وليس كذلك ؛ فهو جائز من الإمام ، ومن السيد في حق عبده ، وإنما يمتنع التوكيل في إثباته ، وقد صرح به « التنبيه » في قوله [ص ١٠٨] : (**وما كان منها حداً يجوز التوكيل في استيفائه دون إثباته**) ولذلك أطلق « الحاوي » التوكيل في العقوبة ، ثم قال [ص ٣٢٧] : (**لا إثبات حد الله تعالىٰ**) ، لكن دعوى القاذف على المقذوف أنه زَنَىٰ مسموعة ، كما ذكره الرافعي في (اللعان)[١] ، وحينئذ .. فيصح التوكيل في إثباته ؛ لدرء حد القذف ، وقد ذكره ابن الصباغ بحثاً ، ولكن ثبوت الحد إنما وقع تبعاً ، والله أعلم .

ثانيهما : قد يفهم من كلامه جواز استيفاء المستحق القصاص وحد القذف بنفسه ، **والأصح** : منعه في قصاص الطرف وحد القذف ، وتعين التوكيل فيهما ، وقد تقدم .

٢٣٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**وفي الرجعة وجهان**) **الأصح** : الجواز ، وهو داخل في عموم عبارة « المنهاج » و« الحاوي » .

٢٣٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**وما جاز التوكيل فيه .. جاز مع حضور الموكل ، ومع غيبته ، وقيل : لا يجوز في استيفاء القصاص وحد القذف مع غيبة الموكل ، وقيل : يجوز ، وقيل : فيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : اعترضه النووي في قوله : (**وقيل : يجوز**) ، وقال : إنه تكرار ؛ لدخوله فيما ذكره أولاً[٢] .

قال في « الكفاية » : وقد يجاب : بأن المراد : بيان أن الأصحاب نصوا علىٰ جوازه ، لا أنه مأخوذ من عموم قاعدة .

وأجاب عنه النشائي : بأنه لو لم يذكره .. لكان مرجحاً لطريقة القطع بالجواز ، فلما استوفىٰ ذكر الطرق الثلاثة بلفظ : (قيل) .. لم يكن في عبارته ترجيح واحد منها[٣] .

وذكر صاحب « المعين » أن الشيخ في « نكته » **صحح** : طريقة القطع بالجواز .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٢٠) .
(٢) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٠٦) .
(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٢) .

ثانيها : **الأرجح** : طريقة القولين ، **وأظهرهما** : الجواز في غيبته ، وذلك مفهوم من قول « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**وقيل** : **لا يجوز إلا بحضرة الموكِّل**) ، لكن هـٰذه العبارة تقتضي بمقتضى اصطلاحه : أنه وجه ، وإنما هو قول .

ثالثها : أن عبارته تفهم أن الخلاف في جواز الاستيفاء لا فىٰ صحة أصل التوكيل ، ويوافقه عبارة « الروضة » وأصلها ؛ حيث قال : يجوز للوكيل استيفاء عقوبات الآدميين بحضرة المستحق ، وفي جوازه في غيبته طرق[1] ، وكذا قول « الحاوي » [ص ٣٢٧] : (**وعقوبة ويُقْتَصُّ ولو بالغيبة**) ، لكن عبارة « المنهاج » تقتضي أن الخلاف في صحة الوكالة ؛ فإنه بعد قوله : (**ويصح في استيفاء عقوبة**) قال : (**وقيل** : **لا يجوز إلا بحضرة الموكل**)[2] ، ويوافقه عبارة « التتمة » فإنه قال في تصوير المسألة : لو وكله ليستوفي القصاص في حال غيبته .

رابعها : يستثنىٰ مع ذلك أيضاً : توكيل المرتهن في بيع الرهن . . فإنه لا يصح البيع منه في غيبة الموكل **على الأصح** .

٢٣٩٥ـ قول « التنبيه » في التوكيل في شراء عبد [ص ١٠٩ ، ١١٠] : (**وإن ذكر نوعه ولم يقدر الثمن** . . **لم يصح** ، **وإن ذكر النوع وقدر الثمن ولم يصف العبد** . . **فالأشبه** : **أنه لا يصح** ، **وقيل** : **يصح**) فيه أمران :

أحدهما : قال النووي في « التصحيح » : **الأصح** : أنه إذا وكَّلَه في شراء عبدٍ وَذَكَرَ نوعه . . لم يشترط ذكر الثمن ولا الوصف . انتهىٰ[3] .

ولذلك اقتصر « المنهاج » علىٰ وجوب بيان نوعه[4] ، لكن في « الروضة » وأصلها : فإن اختلفت أصناف نوع اختلافاً ظاهراً . . قال الشيخ أبو محمد : لا بد من التعرض للصنف ، وأقراه علىٰ ذلك[5] ، وفي « الحاوي » [ص ٣٢٧] : (**كشراء عبدٍ معيَّنِ النوعِ والصنفِ أو الثمن**) انتهىٰ .

فخيّر بين ذكر الصنف والثمن ، واكتفىٰ بأحدهما مع النوع ، واعتبار الصنف غير اعتبار الوصف الذي في « التنبيه » ، إلا أن في آخر عبارة الرافعي التعبير بالوصف ، ولم يذكر « المهذب » اعتبار الوصف ؛ فلذلك ذكر بعضهم : أن اعتباره احتمال للشيخ ليس منقولاً ، ويوافقه أن البندنيجي نفى الخلاف في ذلك ، كما في « الكفاية » ؛ ولذلك اعترض بعضهم على « التصحيح » في تعبيره عن ذلك بالأصح ؛ لأنه يقتضي وجود الخلاف فيه .

---

(١) فتح العزيز (٥/٢٠٩ ، ٢١٠) ، الروضة (٤/٢٩٣) .
(٢) المنهاج (ص ٢٧٣) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/٣٣٩) .
(٤) المنهاج (ص ٢٧٣) .
(٥) فتح العزيز (٥/٢١٣) ، الروضة (٤/٢٩٦) .

قال النشائي : ويقرب مما ذكره الشيخ حكاية الماوردي الخلاف في قيام ذكر الثمن مقام الصفة . انتهىٰ[1] ، لكن ذكر بعضهم أن الجرجاني في « التحرير » حكى الخلاف في اشتراط الوصف[2] .

ثانيهما : محل ذلك : فيما قصد به القنية ، أما الذي للتجارة . . فلا يجب فيه ذكر نوع ولا غيره ، بل يكفي قوله : (اشتر بهٰذا ما شئت من العروض ، أو ما رأيته مصلحة) ، ذكره الماوردي والمتولي[3] .

٢٣٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**ولا تصح الوكالة إلا بالإيجاب والقبول**) اقتصر « الحاوي » على الإيجاب[4] ؛ لأن القبول لا يتعين فيه القول ، فقد يكون بالفعل والتصرف ، وقد قال « التنبيه » عقب ذلك [ص ١٠٨] : (**ويجوز القبول فيه بالقول والفعل**) ، وقال « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**ولا يشترط القبول لفظاً**) أي : بل يكفي فعلاً وإن لم يعلم به **في الأصح** ، فتصرفه قبل علمه كبيع مال مورثه بعد موته ظاناً حياته .

ولا الرضا ، فلو أكرهه على التصرف . . صح **في الأصح** ، لكن الرافعي صرح بأنه لا بد من الرضا ، ورتب عليه أنه لو رد . . بطلت[5] ، **والحق** : أن المعتبر عدم الرد لا الرضا ، والله أعلم .

وعبر « المنهاج » عن الإيجاب بقوله [ص ٢٧٣] : (**ويشترط من الموكِّل لفظٌ يقتضي رضاه ؛ كـ « وكلتك »** . . . إلىٰ آخره) ، وهو أحسن من قول « المحرر » : (بأن يقول)[6] لأنه يفهم الحصر فيما ذكره ، وليس منحصراً فيه .

٢٣٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**فلو قال : « بع » ، أو « أعتق »** . . **حصل الإذن**) إشارة إلىٰ أنه ليس إيجاباً ، وإنما هو قائم مقامه ، وقد صرح بذلك الرافعي[7] .

٢٣٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨] : (**ويجوز [القبول]**[8] **على الفور وعلى التراخي**) يستثنىٰ من التراخي : ما لو عين زمان العمل الموكل فيه ، وخيف فوته .

وما لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده ، ذكره الماوردي والروياني[9] .

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٤) .
(٢) التحرير (٣١٨/١) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٤٩٩/٦) .
(٤) الحاوي (ص ٣٢٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٢١٩/٥) .
(٦) المحرر (ص ١٩٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٢١٩/٥) .
(٨) ما بين معقوفين زيادة من « التنبيه » وهي ضرورية .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٤٩٩/٦) ، و« بحر المذهب » (١٥٦/٨) .

وما إذا وكله في إبراء نفسه ، صرح به الروياني[1] ، وحكىٰ في « الكفاية » الصورتين الأولَيَيْن .

وذكر « المنهاج » عدم اشتراط الفور في (الطلاق) فيما إذا قلنا : إن التفويض إليها توكيل ؛ فقال : (**لا يشترط الفور في الأصح**)[2] .

٢٣٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**ولا يصح تعليقها بشرطٍ في الأصح**) قد يفهم أنه لو علقها بشرط ، وَوُجِدَ ، فتصرف بعده .. لم ينفذ ، وليس كذلك ، بل ينفذ **في الأصح** ؛ لأنه بقي عموم الإذن بعد بطلان خصوص الوكالة ، وقد صرح بذلك « التنبيه » و« الحاوي »[3] .

وفائدة البطلان علىٰ هٰذا : سقوط المسمىٰ إن كان ، ووجوب أجرة المثل ، وذكر له ابن الرفعة فائدة أخرىٰ ، وهي : عدم جواز التصرف ، ثم حكىٰ عن ابن الصباغ : أنه استبعده ، وتبعه السبكي على استبعاده ؛ لأن **المصحح** : هو الإذن ، وهو يقتضي الإباحة[4] .

وقال شيخنا البلقيني : الذي يقتضيه إطلاق الأصحاب أنه يحل للوكيل الإقدام على التصرف ، وفي كلام الغزالي وغيره التصريح به ، لكن في « شامل » ابن الصباغ عن الشيخ أبي حامد : أنه لا يحل ، ورد عليه ابن الصباغ ، وراجعت « تعليقة الشيخ أبي حامد » ، فلم أجد فيها شيئاً من ذلك ، **والصواب** : الحل ، والله أعلم .

ثم خرج شيخنا علىٰ ذلك : ما إذا فسد إذن الزوجة بتعليق ونحوه ، فزوج الولي بعد وجود الصفة .. هل يصح كمسألة الوكالة ، أو يحتاط في الأبضاع ؟ قال : لم أقف في ذلك علىٰ نقل ، **والأقرب** : صحة العقد ، قال : ولا يرد عليه ما إذا أذن الولي للسفيه في نكاح فلانة بألف ، وكان مهرها أقل من ألف حيث بطل الإذن ؛ لأنه يحتمل أن يصح النكاح ، ويحتمل أن يفرق ؛ بأن الإذن صدر بصفة فاسدة لازمة له ، وهنا فسد بالتعليق وقد وجد الشرط ، إلا أن يلمح في الفرق بينهما أن المعلق لو نجز هنا .. لَصَحَّ ، فاعتبر إذنه المعلق عند وجود الصفة بخلاف ما تقدم . انتهىٰ كلام شيخنا رحمه الله .

٢٤٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**ولو قال : « وكلتك ومتىٰ عزلتك فأنت وكيلي » .. صحت في الحال في الأصح**) كذا عبر في « الروضة » بـ (متىٰ)[5] ، وعبر في « المحرر » و« الشرحين » بـ (مهما)[6] ، وفي التعبيرين تساهل ، **والصواب** كما قال ابن الرفعة : التعبير بـ

---

(١) انظر « بحر المذهب » (٨/١٦٣) .
(٢) المنهاج (ص ٤١٥) .
(٣) التنبيه (ص ١٠٨) ، الحاوي (ص ٣٢٩) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٢٤) .
(٥) الروضة (٤/٣٠١) .
(٦) المحرر (ص ١٩٦) ، فتح العزيز (٥/٢٢٢) .

(كلما) المقتضية للتكرار ؛ ليصح تعليلهم وجه البطلان باشتمالها علىٰ شرط التأبيد ، وهو إلزام للعقد الجائز .

وللخلاف شروط :

أحدها : هٰذا ، وهو التعليق بصيغة تكرار ؛ مثل : (كلما) ففي غير صيغة التكرار يحصل مقصوده بتكرير العزل ، فلم يشتمل علىٰ شرط التأبيد ، ذكره في « المطلب » بحثاً ، وهو واضح .

ثانيها : اتصال التعليق بالتولية ، فلو أتىٰ به منفصلاً . . صح ، قاله الرافعي[1] .

ثالثها : أن يأتي به بصيغة الشرط ؛ مثل : (علىٰ أني كلما) ، أو (بشرط أني كلما) ، حكاه في « المطلب » عن القاضي وغيره ، وهو مقتضى التعليل السابق .

رابعها : أن يقول : (وكلما عزلتك بنفسي أو بغيري) فإنه متىٰ لم يقل ذلك . . أمكنه حصول مقصوده بتوكيل غيره في العزل ، فلم يشتمل علىٰ شرط التأبيد ، ذكره في « المطلب » بحثاً أيضاً ، وهو واضح ، والله أعلم .

٢٤٠١ـ قوله : (**وفي عوده وكيلاً بعد العزل الوجهان في تعليقها**)[2] أي : **فالأصح** : أنه لا يعود وكيلاً .

٢٤٠٢ـ قوله : (**ويجريان في تعليق العزل**)[3] أي : الوجهان في تعليق الوكالة ، ومقتضاه : تصحيح عدم العزل ، والذي في « الروضة » وأصلها : أنهما يجريان بالترتيب ، والعزل أولىٰ بالقبول ؛ لأنه لا يشترط فيه قبول ، وليس فيه بيان الأصح ؛ فإن فيه : أنا إذا لم نصحح تعليق الوكالة ـ كما **هو المرجح** ـ . ففي العزل وجهان بلا ترجيح[4] .

واستشكل في « المهمات » تصحيح عدم العزل ، وقال : كيف تنفذ التصرفات والمالك مانع منها لا سيما أن من جملة الصيغ أن يقول : (إذا انقضى الشهر . . فلا تبع) ؟ وأيضاً : فإنا لما منعنا تعليق الوكالة . . رتبنا على التعليق غرض المالك ، وهو التصرف ، فكيف لا نرتب غرضه في تعليق العزل ، وهو المنع الذي هو الأصل ؟! انتهىٰ .

٢٤٠٣ـ قول « الحاوي » [ص ٣٢٩] : (**وإن أدارها . . أدار العزل**) فيه أمران :

أحدهما : أن الرافعي خص هٰذه الحيلة بالتفريع على الوجه الضعيف ، وهو صحة الوكالة المعلقة[5] ، وليس بجيد ؛ فإنها ولو فسدت . . تصرف بمطلق الإذن كما تقدم ، فيحتاج إلىٰ منعه

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٢٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٣) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٣) .
(٤) فتح العزيز (٥/٢٢٣) ، الروضة (٤/٣٠٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٢٢) .

من التصرف بهٰذه الحيلة ، فهي جارية على الوجهين معاً ؛ ولذلك ذكرها « الحاوي » مع أنه لا يفرع علىٰ ضعيف ، ذكر ذلك القونوي والسبكي وشيخنا الإسنوي ، ثم قال السبكي : لكنا نقول : نفوذ التصرف في المعلقة بغير العزل قريب ؛ لأنه لا يضاد ما تضمنته الوكالة من الإذن ، والمعلقة بالعزل إذا وُجد العزل . . ضاد الإذن ، فالتمسك بالصريح الموجود أولىٰ من التمسك بالإذن المضمن الماضي ، والله أعلم .

ثانيهما : قال السبكي وتبعه الإسنوي : إذا قلنا بصحة تعليق العزل علىٰ طلوع الشمس . . كيف نعديه إلىٰ تعليقه على التوكيل ، وهو تعليق قبل الملك ، فإنه لا يملك العزل عن الوكالة التي لم تصدر منه ، فهو كقوله : (إن ملكت فلانة ، أو نكحتها . . فهي حرة ، أو طالق) ؟! قال السبكي : فهو إذَنْ مبني علىٰ وجه ضعيف جداً ، وهو التعليق قبل الملك ، والله أعلم .

فصل

[في التوكيل في البيع]

٢٤٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**ولا يجوز للوكيل أن يبيع بدون ثمن المثل ، ولا بثمن مؤجل ، ولا بغير نقد البلد ، إلا أن ينص علىٰ ذلك كله**) فيه أمور :

أحدها : قيّد ابن يونس دون ثمن المثل بما لا يتغابن بمثله ، ويوافقه قول « المنهاج » [ص ٢٧٣] : (**ولا بغبنٍ فاحشٍ**) وقول « الحاوي » [ص ٣٢٩] : (**بثمن المثل وما يسامح به**) ، وذكر بعضهم أنه لا يحتاج لذلك ؛ لأن القدر اليسير الذي يسامح به ولا يتغابن بمثله ثمن مثله ، وفيه نظر ؛ فإن الأصح في شراء الماء في التيمم : أنه لو زاد علىٰ ثمن المثل ما يتسامح بمثله . . لم يجب ، فقد فرقوا بينهما ، وفسر « المنهاج » الغبن الفاحش : (**بما لا يحتمل غالباً**)[1] ، وقد مثل بعضهم ذلك : بدرهم في عشرة بخلاف درهمين ، وقال الروياني : ذلك يختلف ؛ فربع العشر كثير في النقد والطعام ، ونصفه ليس كثيراً في الجوهر والرقيق ونحوهما[2] .

ثانيها : مقتضىٰ قوله : (**إلا أن ينص له علىٰ ذلك كله**) أنه لا يجوز واحد من هٰذه الثلاثة حتىٰ ينص له علىٰ جميعها ، وليس كذلك ، وإنما المراد : أن كلاً منها يجوز له فعله بالتنصيص عليه ، وإلىٰ ذلك أشار « المنهاج » بقوله [ص ٢٧٣] : (**الوكيل بالبيع مطلقاً**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٢٩] : (**إن أطلق**) للاحتراز عن حالة التصريح بخلاف ذلك .

ثالثها : قد تفهم عبارته جواز البيع بثمن المثل مع وجود راغب بالزيادة عليه ، وليس كذلك ، بل

---

(١) المنهاج (ص ٢٧٣) .
(٢) انظر « بحر المذهب » (٨/ ١٨٣) .

يبيع بتلك الزيادة ، بل لو باع ووجد راغب في زمن الخيار . . لزمه الفسخ **في الأصح** ، فإن لم يفعل . . انفسخ ، وهـٰذا وارد على « المنهاج » أيضاً ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٣٠] : (**وإن زِيدَ في المجلس . . انفسخ**) لكن لا تتناول عبارته الزيادة في زمن خيار الشرط ، فلو قال : (وإن زِيدَ حال الجواز) . . كان أعم .

رابعها : قد تفهم عبارته أنه إذا أذن له في البيع بمؤجل . . جاز ، وكان ذلك إلىٰ خبرة الوكيل ، وليس كذلك ، بل إن قدر الأجل . . اتبع ، فلا يزيد عليه ، ولا ينقص أيضاً إن نقص من الثمن شيئاً ، أو كان خوف ، أو للحفظ مؤنة ، وإلا . . جاز **في الأصح** .

قال شيخنا ابن النقيب : ويظهر أن محله : إذا لم يعين المشتري ، فإن عينه . . امتنع كزيادة الثمن[1] .

وإن أطلق . . حمل على المتعارف في مثله ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، فلو لم يكن عرفٌ . . أجل بالأنفع للموكل ، ويشترط الإشهاد **في الأصح** .

خامسها : قد تفهم عبارته وعبارة « المنهاج » و« الحاوي » أنه إذا كان في البلد نقدان . . يخير الوكيل بينهما ، وليس كذلك ، بل يتعين عليه البيع بالأغلب ، فإن استويا في ذلك . . باع بالأنفع ، فإن استويا . . تخير حينئذ ، وقيل : لا يجوز حتىٰ يتبين له ، فلو باع بهما . . قال الإمام : فيه تردد للأصحاب ، **والمذهب** : التجويز[3] ، قال السبكي : ولم يبين الأصحاب البلد ، **والظاهر** : أنها بلد البيع لا بلد التوكيل .

سادسها : في معنى الوكيل في البيع : الوكيل في الشراء ، فيتقيد بهـٰذه الأمور أيضاً .

٢٤٠٥ـ قولهم : (**ولا يبيع لنفسه**)[4] أي : ولو نص له علىٰ ذلك ، وقد صرح به « الحاوي »[5] ، قال ابن الرفعة : لو نص له على البيع من نفسه ، وقدر له الثمن ، ونهاه عن الزيادة . . ينبغي أن يصح ؛ لأن منع اتحاد الموجب والقابل إنما هو للتهمة ، ولذلك جاز للأب والجد ؛ لفقدها ، وقال السبكي : لم أجد فيه بياناً شافياً .

٢٤٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**ويجوز أن يبيع من ابنه**) أي : الذي ليس محجوراً ، فلا يبيع من ابنه الصغير والمجنون والسفيه ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**ولا يبيع لنفسه وولده الصغير**) و« الحاوي » [ص ٣٣٠] : (**لا طفلِهِ**) .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٣٠) .
(٢) الحاوي (ص ٣٣٠) ، المنهاج (ص ٢٧٤) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٤٣) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٠٩) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٠) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٤) .
(٥) الحاوي (ص ٣٣٠) .

لكن يرد عليهما : المجنون والسفيه ، فلو عبر بـ (المحجور) كما فعلت . . لكان أولىٰ .

ويستثنىٰ : ما لو صرح له بأن يبيع من ابنه الصغير عند البغوي[1] ، وقال المتولي : لا يستثنىٰ ، ثم قال « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**والأصح : أنه يبيع لأبيه وابنه البالغ**) ، ومحل الخلاف : إذا لم يعين الثمن ، فإن عينه . . جاز بلا خلاف ، كما في « فتاوى القفال » .

٢٤٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن وكله في البيع . . سلم المبيع ولم يقبض الثمن ، وقيل : يقبض**) فيه أمور :

أحدها : أن الثاني هو الأصح ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

ثانيها : أنه جزم بتسليم المبيع ، وحكى الخلاف في قبض الثمن ، وسوى « المنهاج » تبعاً لأصله بينهما في حكاية الخلاف[3] .

ثالثها : قد تفهم عبارته أنا إذا فرعنا علىٰ أنه يقبض الثمن . . كان مخيراً بين البداءة بتسليم المبيع والبداءة بقبض الثمن ، وليس كذلك ، بل يتعين قبض الثمن أولاً ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**ولا يسلمه حتىٰ يقبض الثمن**) و« الحاوي » [ص ٣٣٠] : (**ويقبض العوض فيسلِّم**) ، قال النشائي : وصرح في « التصحيح » فيه بخلاف ، ولم أجده في الرافعي و« الروضة » و« الكفاية »[4] .

قلت : هو فيها ؛ فإنهم حكوا طريقة قاطعة بتسليم المبيع ، ولم يحكوها في قبض الثمن ، فدل علىٰ أن بعضهم جوز له تسليم المبيع بدون قبض الثمن[5] .

رابعها : محل تسليم المبيع : إذا كان معيناً وهو في يده .

خامسها : قال صاحب « المعين » اليمني : محل الخلاف : إذا عين له الموكل المشتري ، أو لم يعين ولكن الموكل حاضر ، وإلا . . فيقبض الثمن قطعاً ، كما أفهمه كلام الأصحاب . انتهىٰ .

وهـٰذا إن صح وارد علىٰ عبارة « المنهاج » أيضاً .

سادسها : محل الخلاف : في الثمن الحال ، أما المؤجل : ، فليس له قبضه قطعاً ، وهـٰذا وارد علىٰ عبارة « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

سابعها : محل الخلاف أيضاً : إذا لم يكن القبض في المجلس شرطاً ، فإن كان ؛ كالصرف ونحوه . . فله القبض والإقباض قطعاً ، وهـٰذا وارد على « المنهاج » أيضاً .

---

(١) انظر « التهذيب » (٤/٢١٩) .
(٢) الحاوي (ص ٣٣٠) ، المنهاج (ص ٢٧٤) .
(٣) المحرر (ص ١٩٧) ، المنهاج (ص ٢٧٤) .
(٤) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٤) ، و« تصحيح التنبيه » (١/٣٣٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٢٨ ، ٢٢٩) ، و« الروضة » (٤/٣٠٧) .

ثامنها : ومحل الخلاف أيضاً : إذا لم ينهه عن القبض ، فإن نهاه عن ذلك . . فليس له القبض قطعاً ، وكذا لو نهاه عن التسليم . . امتنع **على الأصح** ، وتفسد الوكالة علىٰ وجه ، وهـٰذا وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

تَنْبِيهٌ

[وكيل المشتري في معنىٰ وكيل البائع]

في معنىٰ وكيل البائع : وكيل المشتري يملك تسليم الثمن وقبض المبيع ، بل هو أولىٰ منه بذلك ؛ لاقتضاء العرف ذلك ، وقد قطع به الرافعي في موضع ، **وصحح النووي** : طريقة القطع به[1] .

٢٤٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**فإن خالف . . ضمن**) لم يبين المضمون ، وهو : قيمة المبيع يوم التسليم مثلياً كان أو متقوماً ، فإذا قبض الثمن . . دفعه واسترد المدفوع[2] .

٢٤٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن أمره أن يشتري شيئاً موصوفاً . . لم يجز أن يشتري معيباً**) فيه أمران :

أحدهما : اعترض عليه : بأن الحكم لا يختص بالتوكيل في شراء موصوف ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**وإذا وكله في شراء . . لا يشتري معيباً**) .

قلت : إنما احترز « التنبيه » بالموصوف عن التوكيل في شراء معين ، وقد ذكره بعد ذلك[3] .

ثانيهما : كيف يجزم بأنه لا يجوز له شراء المعيب ، وقد قال بعده : (**فإن لم يعلم ، ثم علم . . رده**) ؟ فثبوت الرد يدل علىٰ جواز البيع فيما إذا لم يعلم ، فيحمل كلامه علىٰ ما إذا علم ، وكذلك يرد هـٰذا على « المنهاج » أيضاً ؛ لأنه قال : (**لا يشتري معيباً**) ، ثم قال : (**فإن اشتراه في الذمة ، وهو يساوي مع العيب ما اشتراه به . . وقع عن الموكِّل إن جهل العيب ، وإن علمه . . فلا في الأصح ، وإن لم يساوه . . لم يقع عنه إن علمه ، وإن جهله . . وقع في الأصح**)[4] ، وهو صريح في صحته في بعض الصور ، فيحمل قوله : (**لا يشتري**) علىٰ أن المعنىٰ : لا ينبغي له ذلك ، لا أنه باطل ، وتقييده المسألة بما إذا اشتراه في الذمة قد يقتضي أنه لو اشتراه بعين مال الموكل . . بطل مطلقاً ، وليس كذلك ، وإنما يبطل تفريعاً علىٰ قولنا : إنه في الشراء في الذمة لا يقع للموكل ، فإن

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٢٨) ، و« الروضة » (٤/٣٠٨) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٢) .
(٣) التنبيه (ص ١٠٩) .
(٤) المنهاج (ص ٢٧٤) .

قلنا : يقع له . . فكذا هنا ، لكن ليس للوكيل الرد **في الأصح** ، ففائدة التقييد أولاً بالذمة : إخراج المذكور آخراً ، وهو رد الوكيل ، فلو قيد الأخيرة فقط ، فقال : (للموكل الرد ، وكذا الوكيل إن اشترىٰ في الذمة) . . لكان أحسن .

وقول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**فإن لم يعلم ، ثم علم** . . رده) أي : الوكيل ، قد يقتضي أنه ليس للموكل الرد ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**وإذا وقع للموكِّل . . فلكل من الوكيل والموكِّل الرد**) أي : والصورة أن الوكيل اشتراه في الذمة ، فلو اشتراه بعين مال الموكل . . فلا يرده إلا الموكل كما تقدم ، ولو رضي به الموكل . . لم يتمكن الوكيل من الرد ، ولو رضي به الوكيل . . لم يتمكن بعد ذلك من الرد ، لكن للموكل الرد إن ثبتت الوكالة أو صدق البائع عليها ، وعلىٰ ذلك يحمل قول « الحاوي » [ص ٣٣٠] : (**والموكل وإن رضي الوكيل**) وإلا . . **فالأصح** في « الروضة » من زيادته : أنه يرده على الوكيل[1] .

وقد أورد على « الحاوي » في قوله [ص ٣٣٠] : (**وَرَدَّ** ـ أي : الوكيل ـ **إلا إن رضي الموكل**) أن مقتضاه : أن الوكيل يرد ولو رضي هو به ، وليس كذلك كما تقدم .

واعلم : أن في معنىٰ ما إذا تبين أنه كان معيباً عند الشراء : ما إذا طرأ العيب قبل قبضه . . فلهما الرد ، كما اقتضاه كلام القاضي أبي الطيب .

٢٤١٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣٣٠] : (**أو عيَّن المشترىٰ بالعين**) أي : ليس للوكيل الرد بالعيب إن عين له الموكل المشترىٰ ، واشتراه بعين مال الموكل .

كذلك لو لم يعين له الموكل المشترىٰ ، بل أطلقه ، فإذا اشتراه بعين المال . . لا يرده ، فكان **الصواب** : الاقتصار على الوصف الأخير ؛ ولهٰذا قيد « المنهاج » رد الوكيل بما إذا كان الشراء في الذمة كما تقدم[2] ، ولم يعتبر مع ذلك وصفاً آخر ، وفي « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن وكله في شراء شيء بعينه ، فاشتراه ثم وجد به عيباً** . . **فالمنصوص** : **أنه يرده**) ، قال في « الكفاية » : والخلاف إذا لم يعين الثمن ، وإلا . . فلا رد قولاً واحداً .

٢٤١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٨ ، ١٠٩] : (**وإن وكله في حق . . لم يجز للوكيل أن يجعل ذلك إلىٰ غيره إلا أن يأذن له فيه ، أو كان ممن لا يتولىٰ ذلك بنفسه**) أي : لكونه لا يحسنه أو لا يليق به كما في « المنهاج »[3] ، أو لا يتمكن منه لكثرته ، قال في « التصحيح » : **الأصح** : أنه لا يجوز ؛

---

(١) الروضة (٤/٣١١) .
(٢) المنهاج (ص ٢٧٤) .
(٣) المنهاج (ص ٢٧٤) .

أي : في الصورة الأخيرة التوكيل إلا في المعجوز عنه[1] ، قال النشائي : وكلامه لا يأباه ، ولكن استدركه النووي[2] .

قلت : وأفصح عن ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٢٧٤] : (**ولو كثر وعجز عن الإتيان بكله.. فالمذهب : أنه يوكل فيما زاد على الممكن**) وقد عبر أولاً : بالعجز ، وثانياً : بعدم الإمكان ، وقد يتخيل بينهما فرق ، والثاني هو عبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها[3] ، وحيث وكل لكونه لا يتولاه بنفسه أو يعجز عنه لكثرته.. فإنما يوكل عن موكله ، فإن وكل عن نفسه.. بطل **على الأصح** ، كما صححه النووي[4] .

ثم اعلم : أن السبكي قال : هٰذا إذا قال : (وكلتك أن تبيع) ، أما إذا قال : (في بيعه).. ففيه نظر ؛ لأنه يشمل بيعه بوكيله ، وهو مثل قولهم : إن المعير لم يملك المنفعة ، وإنما ملك أن ينتفع ؛ ولهٰذا لا يعير .

ويوافقه أيضاً قول الفوراني وغيره : إنه يعتبر الصدق في قوله : (من أخبرتني بقدوم زيد.. فهي طالق) ، بخلاف : (من أخبرتني أن زيداً قدم) فإنه لا يشترط فيه الصدق ، لكن **الأصح** : أنه لا يشترط الصدق في الصورتين ، وحكىٰ في « التوشيح » عن والده : أنه نازع في قول النحاة : أنَّ أَنْ والفعل في تأويل المصدر ، وقال : بينهما فرق ؛ فإنّ أنْ والفعل يدل على الحدوث ، وهو معنىٰ تصديقي ، بخلاف المصدر الصريح ؛ فدلالته على المعنى التصوري فقط[5] .

٢٤١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٤] : (**ولو أذن في التوكيل وقال : « وكل عن نفسك » ، ففعل.. فالثاني وكيل الوكيل ، والأصح : أنه ينعزل بعزله وانعزاله**) عبارة « المحرر » : (لكن ينعزل بعزله)[6] ، وليست مطابقة لها ؛ فإن مراد « المنهاج » : أن الوكيل الثاني ينعزل بعزل الوكيل الأول له ؛ بدليل : كونه عطف عليه قوله : (**وانعزاله**) ، والذي يتأتى انعزاله هو الوكيل الأول لا الموكل ، وليس الانعزال في « المحرر » ، ومراد « المحرر » : أن الوكيل الثاني ينعزل بعزل الموكل له ؛ ولهٰذا صدره بقوله : (لكن) للاستدراك علىٰ ما تقدم ؛ لأن مقتضىٰ كونه وكيل الوكيل : أن لا ينعزل إلا بعزل الوكيل لا بعزل الموكل ، لكن خولف ذلك وانعزل بعزل الموكل ، وحاصل ذلك أنهما مسألتان : إحداهما في « المحرر » ، والأخرىٰ في

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٣٣٤) .
(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٢) .
(٣) المحرر (ص ١٩٧) ، فتح العزيز (٥/ ٢٣٦) ، الروضة (٤/ ٣١٣) .
(٤) انظر « الروضة » (٤/ ٣١٤) .
(٥) انظر « فتاوى السبكي » (١/ ٨١) .
(٦) المحرر (ص ١٩٧) .

« المنهاج » ، لكن يبقى النظر في عبارة « المنهاج » من جهتين :

إحداهما : مخالفة أصله .

والثانية : كيف يجزم بأنه وكيل الوكيل ويحكي الخلاف في انعزاله بعزله وقد قال في « الروضة » وأصلها : إن أصل هـٰذا الخلاف أن الوكيل الثاني هل هو وكيل الأول أم وكيل الموكل ؟ **والأصح** : أنه وكيل الوكيل[1] .

٢٤١٣ـ قوله : (**وإن قال : « عني » . . فالثاني وكيل الموكل ، وكذا لو أطلق في الأصح**)[2] فيه أمران :

أحدهما : يخالفه في حالة الإطلاق ما لو قال الإمام للقاضي : (استخلف) وأطلق . . فإنه ينعزل بعزل القاضي ، فهو نائب عنه ، قال في « المهمات » : وهو مشكل .

ثانيهما : محل الوجهين : إذا لم يعين له الوكيل ، صرح به الماوردي[3] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وكلام الرافعي في « الشرح » يشير إليه[4] .

٢٤١٤ـ قوله من زيادته : (**وفي هاتين الصورتين لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينعزل بانعزاله**)[5] قال شيخنا ابن النقيب : ولو تركه . . لفهم من التفريع ، ولكنه أراد : زيادة الإيضاح[6] .

٢٤١٥ـ قوله : (**وحيث جوزنا للوكيل التوكيل . . يُشترط أن يوكل أميناً إلا أن يعيِّن الموكل غيره**)[7] كذا لو قال له : (وكل من شئت) كما بحثه في « المهمات » قياساً علىٰ ما ذكروه في النكاح : أن المرأة إذا قالت : (زوجني ممن شئت) . . يجوز تزويجها من غير كفء **على الصحيح** ، قال : بل أولىٰ ؛ لأنه هناك يصح ولا خيار لها ، وهنا لو باع بدون ثمن المثل . . لم يصح ، ولو اشترىٰ معيباً . . ثبت الخيار .

٢٤١٦ـ قوله : (**ولو وكَّل أميناً ففسق . . لم يملك الوكيل عزله في الأصح**)[8] ، قال شيخنا الإمام البلقيني : في محل الوجهين نظر ، تقريره : أنه إن كان في صورة الإطلاق . . فالوجهان في جواز عزله قبل الفسق وبعده ، فيبقىٰ قيد الفسق ضائعاً .

---

(١) فتح العزيز (٥/٢٣٦) ، الروضة (٤/٣١٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٤) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٦/٥١٠) .
(٤) فتح العزيز (٥/٢٣٧) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٤) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٥) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٤) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٤) .

وغير الإطلاق ؛ إما وكيل عن الموكل جزماً فيما إذا قال : (وكل عني) ، أو عن الوكيل **على المشهور** فيما إذا قال : (عنك) ، قال : **والجواب** : أن محلهما علىٰ ما ظهر من كلام حكاهما : فيما إذا أذن له في التوكيل وأطلق الإذن ، وقلنا : إنه يكون وكيلاً عن الأصل كما هو **الأصح** ؛ فإنه إذا حدث فسقه بين الوكالة والفعل . . ملك المتوسط أن يعزله علىٰ وجه كان أصله أن ينعزل بنفس الفسق تنزيلاً للحادث منزلة المقارن ، لكنه تعذر في الوكالة ؛ إذ الأصل أن يقيم في وكالته الفساق والأمناء ، لكن من حيث أنه جاء من جهة نظر الثاني . . ملك عزله علىٰ وجه ، وكأنه قال له : لا تمكن من يفعل هـٰذا الفعل إلا أنت أو أمين ، فإذا فسق الأخير . . كان مقتضىٰ ذلك أن للمتوسط منعه من التصرف علىٰ وجه حسن وإن كان مرجوحاً . انتهىٰ كلام شيخنا .

وقال السبكي : الذي أقول أنا : حيث جعلناه وكيل الوكيل . . فله عزله بكل حال ، وحيث جعلناه وكيل الموكل . . فالقول : بأن للوكيل عزله لا وجه له ، بل ينبغي أن يكون الوجهان في انعزاله بالفسق ، ويصحح الانعزال كالقاضي وعدل الرهن .

وقال شيخنا ابن النقيب : يتعين أن يصور ذلك بما إذا قال : (وكل عني) ، وبه صور في « الوسيط » ، وفي معناه : الإطلاق ، وحينئذ . . فمنع العزل واضح ؛ لأنه ليس وكيلاً له ، واستشكل في « الكفاية » مقابله ؛ وعلله في « المطلب » : بأنه من توابع ما وكل فيه ؛ كالرد بالعيب[1] .

وذكر شيخنا في « المهمات » نحوه ، ثم قال : ولو قيل : بانعزاله بلا عزل . . لكان أوجه ، كما قالوه في عدل الرهن .

فَصْلٌ

[فيما لو عين لوكيله شخصاً ليبيع منه]

٢٤١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] : (**قال : « بع لشخص معين » . . تعين**) اعترض علىٰ عبارته : بأنّ (**قال**) يُحكىٰ بها لفظ الغير ، فيكون قوله : [معين][2] من تتمة لفظ الموكل ، فمدلوله : بع من معين لا من مبهم ، وكذا قوله بعده : (**أو في زمن أو مكانٍ معينٍ**) ، وليس كذلك مراداً ، بل مراده : أنه عين له ، فقال : بع من زيد وفي يوم الجمعة وفي سوق العطارين مثلاً ، وقد سلم « التنبيه » من ذلك بقوله [ص ١٠٩] : (**وإن وكله في البيع من زيد ، فباع من عمرو . . لم يجز**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٣١] : (**وإن عين المشتري**) إلىٰ قوله : (**تعين**) ، وهـٰذا تساهل في

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٥ ، ٣٦) ، و« الوسيط » (٣/٢٩٢) .

(٢) ما بين معقوفين زيادة من « مغني المحتاج » (٢/٢٩٥) ، وهي ضرورية .

العبارة ، والمعنىٰ في ذلك مفهوم ، فلو باع لوكيل ذلك المعين . . ففي « الروضة » عن « البيان » : أنه لا يصح ، وهو في « البيان » في (النكاح) عن الطبري عن الأصحاب[1] ، وكذا حكاه في « الذخائر » عن الأصحاب .

وفي « المطلب » : إن تقدم القبول وصرح بالسفارة . . صح بلا إشكال ، وإن تأخر . . فلا وإن صرح بالسفارة ؛ لفساد الإيجاب ، لتمكن الوكيل من قبوله لنفسه .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إذا فرعنا على الأصح : أن الملك يثبت ابتداء للموكل . . فيظهر صحة البيع من وكيل زيد ، ثم حكىٰ عن ابن الصباغ والعمراني : أنه إذا وكل زيد شخصاً في بيع عبده من عمرو ، ووكله عمرو بشرائه . . هل يجوز أن يتولى الطرفين ؟ علىٰ وجهين ، وقيل : لا يصح قولاً واحداً ؛ لتنافي الغرضين ، قال شيخنا : وهٰذا يقتضي أن يجري الخلاف في مسألتنا المجردة عن تولي الطرفين بطريق الأولىٰ ، قال شيخنا : ولو انعكس التصوير ؛ بأن قال : (بع من وكيل زيد) ، فباع من زيد . . فلم أر من تعرض لها ، والذي يظهر البطلان ؛ أي : تفريعاً على المنقول إلا إذا لمح المعنىٰ .

٢٤١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] و« الحاوي » [ص ٣٣١] : (**إنه إذا عين الزمان . . تعين**) أي : فلا يجوز قبله ولا بعده ، وحُكي الاتفاق عليه في البيع والعتق ، لكن قال الداركي في (الطلاق) : إنه يقع بعده لا قبله ، قال النووي : ولم أره لغيره ، وفيه نظر[2] .

وقال السبكي : **القياس** : طرده في العتق .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن أجراه في البيع والعتق ، وإلا . . ففي الفرق عسر ، ثم قال شيخنا : والذي يظهر في التأخير في البيع وغيره بناؤه علىٰ أن القضاء بأمر جديد أو بالأمر الأول ، فإن قلنا : بأمر جديد ـ وهو المرجح عند الأصوليين ـ . . امتنع على الوكيل ذلك إلا بأمر جديد ، وإن قلنا : بالأمر الأول ـ وهو الذي يقتضيه نص الشافعي في كفارة الظهار ـ . . جاز الإقدام ما لم يظهر ما يدل على المنع بعد ذلك .

٢٤١٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن وكله في البيع في سوق فباع في غيرها . . جاز ، وقيل : لا يجوز**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، وقال في « المهمات » : إن **الراجح** : الأول ؛ فقد نص عليه الشافعي في (الرهن) من « الأم »[4] ، كما حكاه أبو الطيب .

---

(١) البيان (٦/٤١٨) ، (٩/٢٣٧) ، الروضة (٤/٣٢٥) .
(٢) انظر « الروضة » (٤/٣١٥) .
(٣) الحاوي (ص ٣٣١) ، المنهاج (ص ٢٧٥) .
(٤) الأم (٣/١٧٠) .

وللخلاف شروط :

أحدها : أن محله : إذا لم يكن له في ذلك المكان غرض ظاهر ، فإن كان ؛ بأن كان الراغبون فيه أكثر ، أو النقد فيه أجود . . لم يجز البيع في غيره قطعاً .

ثانيها : أن محله أيضاً : إذا لم ينهه عن غيره ، فإن نهاه . . لم يصح جزماً .

ثالثها : أن محله أيضاً : إذا لم يقدر الثمن ، فإن قدره . . جاز البيع به في مكان آخر ، حكاه في « الروضة » من زيادته عن صاحبي « الشامل » و« التتمة » وغيرهما[1] ، قال السبكي : وهو ظاهر إن جوزنا البيع به مع وجود راغب بزيادة ، فإن منعنا ـ وهو الأصح عند النووي تبعاً « للشرح الصغير » ـ . . فينبغي التعيّن ؛ لاحتمال الزيادة فيه . انتهىٰ .

وذكر « المنهاج » الشرط الأول فقط ، فقال [ص ٢٧٥] : (**وفي المكان وجهٌ إذا لم يتعلق به غرض**) ، ولم يذكره في « المحرر » ، قال في « المهمات » : وإطلاق الجواز في بلد غير مأذون فيها يقتضي الجواز قبل انقضاء مدة يتأتىٰ فيها الوصول إلى المأذون فيها ، وهو مشكل ؛ فإن اللفظ دل على المسافة ، وعلىٰ إيقاع البيع في البلد خرج الثاني ؛ لدليل [يبقي][2] الأول ؛ ولهٰذا قالوا : إذا وهب منه شيئاً في بلده أو رهنه عنده وأذن في قبضه . . فلا بد من مضي زمن يمكن المضي إليه فيه .

قلت : إذا لم يحافظ على المنصوص عليه ـ وهو المكان ـ . . فكيف يراعي المتضمن ـ وهو الزمان ـ ؟

٢٤٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] و« الحاوي » [ص ٣٣١] : (**وإن قال : « بع بمئة » . . لم يبع بأقل**) أي : ولو بقيراط ، بخلاف النقص عن ثمن المثل بما يتغابن به عند الإطلاق ؛ لأنه قد يسمىٰ ثمن المثل ، ودون المئة لا يسمىٰ مئة ، ومفهومه : جواز البيع بها مطلقاً .

ويستثنىٰ منه : ما إذا وجد راغباً بزيادة عنها علىٰ ما رجحه الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في « الروضة »[3] .

٢٤٢١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وله أن يزيد إلا أن يُصَرِّح بالنهي**)[4] كذا إذا وكله في البيع من معين . . ليس له الزيادة أيضاً ، بخلاف قوله : (اشتر عبد فلان بمئة) ، فاشترىٰ بأقل منها . . فإنه يصح كما في « الروضة » من زيادته عن الأصحاب[5] ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » أنه إذا

---

(١) الروضة (٤/٣١٥) .
(٢) في (أ) ، و(ج) ، و(د) : (ينفي) .
(٣) الروضة (٤/٣١٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٠٩) ، و« الحاوي » (ص ٣٣١) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٥) .
(٥) الروضة (٤/٣١٧) .

قال : (اشتر عبداً بمئة) ، فاشترىٰ عبداً يساوي مئة بما دون المئة . . جاز[1] ، ثم حكى النووي عن صاحب « الحاوي » : أن الفرق أنه في البيع ممنوع من قبض ما زاد على المئة ، فلا يجوز قبض ما نُهي عنه ، وفي الشراء مأمور بدفع مئة ، ودفع الوكيل بعض المأمور به جائز[2] .

وبخلاف توكيل الزوج في مخالعة زوجته بمئة . . فإنه تجوز المخالعة بأكثر منها .

وقد استضعف شيخنا الإمام البلقيني فرق الماوردي : بأنه لا يلزم من منع القبض منع البيع ، فهـٰذا الوكيل ممنوع من قبض الثمن علىٰ وجه ، وليس ممنوعاً من البيع ، ثم فرق : بأن الغرض في تعيين العبد استدعىٰ تعيين مالكه ، وكذا في الخلع لا بد من تعيين الزوجة ، بخلاف المشتري لا غرض في تعيينه إلا البيع منه بالثمن المعين ، هـٰذا معنىٰ كلامه ، وهو حسن ، والله أعلم .

٢٤٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن قال : « بع بألف » ، فباع بألف وثوب . . فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز) الأصح** : الجواز ، ذكره في « التصحيح » جزماً ، وفي « الروضة » بحثاً ، فقال : ينبغي أن يكون **الأصح** : الصحة[3] ، وهو داخل في قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] : (**وله أن يزيد**) ، وقول « الحاوي » [ص ٣٣١] : (**ويبدل القدر بالمصلحة**) .

والصورة أيضاً : أنه لم يعين من يبيع منه ، وقد فرض الرافعي والنووي المسألة فيما إذا ساوى الثوب الألف ، فإن لم يساوه . . فيظهر أن يرتب علىٰ ما إذا ساوت شاة ديناراً وأخرىٰ بعضه[4] ، **والظاهر** : أن ذكر الثوب مثال ، فلو باع بألف ودينار . . جرىٰ فيه الخلاف ، قال في « الكفاية » : إنه القياس ، وصرح به المتولي ، وقطع ابن الصباغ بالصحة .

٢٤٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن قال : « بع بألف مؤجل » ، فباع بألف حال . . جاز إلا أن ينهاه أو كان الثمن مما يستضر بحفظه**) كذا لو عين المشتري . . فإنه لا يجوز قياساً ، كما قال ابن الرفعة ، قال : وحكى الإمام في الصحة وجهين[5] ، وعلىٰ هـٰذا التفصيل يحمل قول « الحاوي » [ص ٣٣١] : (**ويبدل الأجل بالمصلحة**) .

٢٤٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن قال : « اشتر بألف حال » ، فاشترىٰ بألف مؤجل . . جاز**) ، قال صاحب « التتمة » : هـٰذا إذا قلنا : **إن** مستحق الدين المؤجل إذا عُجّل حقه . . يلزمه القبول ، فإن قلنا : لا يلزمه . . لم يصح الشراء هنا للموكل بحال ، حكاه عنه الرافعي ، وأقره[6] .

---

(١) التنبيه (ص ١٠٩) .
(٢) الروضة (٣١٧/٤) ، وانظر « الحاوي الكبير » (٥٤٨/٦) .
(٣) تصحيح التنبيه (٣٣٥/١) ، الروضة (٣٢٠/٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٢٤٣/٥) ، و« الروضة » (٣١٩/٤) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٤٤/٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٢٤٠/٥) .

وقال النووي في « الروضة » : قد عكسه صاحب « الشامل » فقال : هـٰذا الخلاف حيث لا يجبر صاحب الدين علىٰ قبول تعجيله ، وحيث يجبر . . يصح الشراء قطعاً ، قال النووي : **وهـٰذا أصح وأفقه** وأقرب إلىٰ تعليل الأصحاب[1] .

٢٤٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] : (**ولو قال : « اشتر بهـٰذا الدينار شاةً » ووصفها ، فاشترىٰ به شاتين بالصفة ، فإن لم تساو واحدةٌ ديناراً . . لم يصح الشراء للموكل ، وإن ساوته كل واحدةٍ . . فالأظهر : الصحة وحصول الملك فيهما للموكل**) فيه أمور :

أحدها : قوله : (**ووصفها**) كذا في « الروضة » وأصلها[2] ، وقال شيخنا الإسنوي : هو احتراز مما إذا لم يصف . . فإن التوكيل لا يصح ، قال : والمعتبر في الوصف ما سبق في التوكيل بشراء عبد ، هـٰذا ما أشعر به كلام الرافعي هناك ، وهو واضح .

قال شيخنا ابن النقيب : تقدم أنه لا يشترط الوصف **على المذهب** ، فكيف يبطل عند عدم ذكره ؟ قال : **والجواب** عن تصويرهم المسألة بالوصف : اشتراط تحصيل شاة أو الشاتين به امتثالاً للشرط ، وإلا . . لم يصح الشراء للموكل في شيء منهما ؛ فإنا وإن لم نوجب الوصف تجب مراعاته إذا ذكر لا أن التوكيل يبطل عند عدم التعرض للوصف . انتهىٰ[3] .

قلت : ولهـٰذا لم يذكر « التنبيه » و« الحاوي » وصفها ، ويحتمل أن المراد بالوصف : ذكر النوع ، فهو معتبر كما تقدم .

ثانيها : مقتضىٰ عبارته وعبارة « التنبيه » و« الحاوي » : أنه إذا ساوته واحدة فقط . . لم يقع للموكل ، لكن في « الروضة » من زوائده : **الأصح** عند القاضي أبي الطيب والأصحاب : الصحة فيهما للموكل ، كما لو ساوته كل منهما ، **والثاني** : لا يصح له واحدة منهما[4] .

ولا يقال : إن اقتضىٰ مفهوم « المنهاج » إجراء عدم الوقوع في هـٰذه الصورة للموكل . . فقد اقتضىٰ مفهومه أولاً الوقوع ، فتدافع مفهوماه ، فلا إيراد عليه ؛ لأنا نقول : صح الإيراد عليه ؛ لتقييده موضع الخلاف بمساواة كل واحدة مع أنه لا يتقيد بذلك ، وأما الأولىٰ : فهي موضع قطع .

ثالثها : قوله : (**فالأظهر : الصحة وحصول الملك فيهما للموكل**) هـٰذا حكاية لقول واحد ، ومقابله : أنهما لا يقعان له لا أن العقد باطل ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**كان الجميع له ، وقيل : للوكيل شاة بنصف دينار**) ، وقد يفهم من تعبيره بـ (**قيل**) أنه وجه ، وهو قول ، ثم إن

---

(١) الروضة (٤/٣١٨) .

(٢) فتح العزيز (٥/٢٤١) ، الروضة (٤/٣١٨) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٩) .

(٤) الروضة (٤/٣١٩) .

اشترىٰ في الذمة . . فللموكل واحدة بنصف دينار ، والأخرىٰ للوكيل بنصفه ، لكن للموكل انتزاعها منه ، وتصيران له ؛ فهو مخير بين الأمرين ، وفي قول ضعيف : إنهما للوكيل وإن اشترىٰ بعينه ، فإن لم نقل بوقف العقود . . بطل في واحدة ، وفي الأخرىٰ قولا تفريق الصفقة ، لكن **صحح** المتولي هنا : البطلان ، وإن قلنا به : فإن شاء . . أخذهما به ، وإن شاء . . أخذ واحدة بنصفه ورد الأخرىٰ على البائع ، واستشكل الرافعي القول الثاني من أصله : بأنه كبيع شاة من هاتين ليتخير منهما[1] .

٢٤٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن دفع إليه ألفاً** ، **وقال** : « **ابتع بعينها عبداً** » ، **فابتاع في ذمته** . . **لم يصح**) يقتضي بطلان العقد ، وليس كذلك ، بل هو صحيح إلا أنه لا يقع للموكل ، وإنما يقع للوكيل إن لم يصرح بالسفارة ، وكذا إن صرح **في الأصح** ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٢٧٥] و« الحاوي » [ص ٣٣١] : (**لم يقع للموكل**) ، ومفهومه : الوقوع للوكيل ، وحمل بعضهم قول « التنبيه » : (**لم يصح**) علىٰ أن معناه : لم يصح للموكل ، ولا يخفىٰ أن ذكر الألف والعبد مثال .

واعلم : أن تعبير « التنبيه » بقوله : (**ابتع بعينها**) و« الحاوي » و« الروضة » وأصلها بقوله : (**اشتر بعينه**)[2] و« المحرر » بقوله : (**ولو أمره أن يشتري بعين مال**)[3] أصرح في المقصود من قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] : (**ولو أمره بالشراء بمعين**) لاحتمال هـٰذه الصيغة أن يقول : (اشتر به أو بهـٰذا) ، وكلام ا
لرافعي فيما إذا قال : (اشتر بهـٰذا الدينار شاة) يقتضي التخيير بينه وبين الذمة[4] ، لكن في « الإفصاح » و« النهاية » أن مقتضىٰ قوله : (**اشتر به**) : الشراء بالعين ، ولو قال : (اشتر) ، ولم يقل : (به) . . **فالأصح** : التخيير[5] .

٢٤٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٣١] : (**وكذا عكسه في الأصح**) أي : لو قال : (اشتر في الذمة ، وأنقده فيه) ، فاشترىٰ بعينه . . لم يقع للموكل ، ومقتضاه : وقوعه للوكيل ، وليس كذلك ، فالوجهان في المسألة ، **أصحهما** : بطلان البيع ، **والثاني** : صحته للموكل ، وقد حكى الوجهين في « التنبيه » بلا ترجيح ، فقال [ص ١٠٩] : (**قيل** : **يصح** ، **وقيل** : **لا يصح**) ، وقد عرفت أن **الأصح** : عدم الصحة ، وذلك مفهوم من قول « المنهاج » ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » بعده : (**ومتىٰ خالف الموكل في بيع ماله أو الشراء بعينه** . .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٤١) ، وفي (ج) زيادة : (قال : وهو باطل عندنا) .
(٢) فتح العزيز (٥/٢٤٧) ، الحاوي (ص ٣٣١) ، الروضة (٤/٣٢٣) .
(٣) المحرر (ص ١٩٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٤٧) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/٤٣) .

فتصرفه باطلٌ)[1] وفي معنىٰ ذلك : ما إذا قال مع المخالفة : (اشتريت لفلان بألف في ذمته) ، ذكره الرافعي في (البيع) في الشرط الثالث[2] .

٢٤٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] : (**وإن قال** : « **بعت موكلك زيداً** » ، **فقال** : « **اشتريت له** » . . **فالمذهب** : **بطلانه**) فيه أمران :

أحدهما : لا تختص هـٰذه المسألة بمخالفة الوكيل ، بل يبطل ولو وافق الإذن ؛ لعدم الخطاب بين المتعاقدين ، وقد تفهم عبارة « المنهاج » غير ذلك ؛ لذكرها في مسائل المخالفة .

ثانيهما : تعبيره هنا وفي « الروضة » بـ (المذهب)[3] يستدعي طريقين ، وعبارة « الشرح » : (ظاهر المذهب)[4] ، وليس في « الكفاية » إلا وجهان ، وكأنه في « المنهاج » اغتر بتعبير « المحرر » بـ (المذهب)[5] ، ولا اصطلاح له فيه ، وهـٰذه الصورة هي مراد « الحاوي » بقوله [ص ٣٣١] : (**سمَّيا الموكل**) لكن تتناول عبارته ما لو قال : (بعتك لموكلك) ، **وهو صحيح جزماً** .

٢٤٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٥] : (**فإن تعدَّىٰ** . . **ضمن**) قد يفهم استمرار الضمان حتىٰ يُعيد العين لمالكها ، وليس كذلك ، بل لو باع وسلم . . زال الضمان ، ولا يكون ضامناً للثمن ، فلو رد عليه بعيب . . عاد الضمان ، وقد ذكر ذلك « الحاوي » بقوله [ص ٣٣٢] : (**وضمن لا ثمنه ، ولا إن باع وسلم ، ويعود إن رُدَّ عليه بعيب**) .

٢٤٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**وإن تعدى الوكيل** . . **انفسخت الوكالة ، وقيل : لا تنفسخ**) الثاني **هو الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] .

ودخل في عبارته : ما لو تعدىٰ بالقول فقط ؛ كما لو باع بغبن فاحش ولم يُسَلِّم ، والذي في « الكفاية » عن « البحر » : نفي الانعزال ؛ لأنه لم يتعد فيما وكل فيه[7] ، قال في « الكفاية » : ويتجه أن يجيء فيه وجه آخر .

٢٤٣١ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٩] : (**وإن وكله في بيع عبد أو شراء عبد** . . **لم يجز أن يعقد علىٰ نصفه**) يستثنىٰ منه : **ما لو باع النصف بقيمة الكل** . . فإنه يصح قطعاً ، استدركه في « التصحيح » بلفظ : (**الصواب**)[8] ، ونقل في « الكفاية » الاتفاق عليه .

---

(١) الحاوي (ص ٣٣١) ، المنهاج (ص ٢٧٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٤/ ٣٢) .
(٣) الروضة (٤/ ٣٢٤) .
(٤) فتح العزيز (٥/ ٢٤٨) .
(٥) المحرر (ص ١٩٨) .
(٦) الحاوي (ص ٣٣٢) ، المنهاج (ص ٢٧٥) .
(٧) بحر المذهب (٨/ ١٧٧) .
(٨) تصحيح التنبيه (١/ ٣٣٧) .

ويستثنىٰ من الصحة : ما إذا عين من يبيع منه .

٢٤٣٢ـ قوله : (**وإن وكله في قبضه ، فجحد من عليه الحق . . فقد قيل : يثبته ، وقيل : لا يثبته**)[١] هـٰذا الثاني هو **الأصح** .

فصل

[في جواز الوكالة وعزل الوكيل]

٢٤٣٣ـ قولهم ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : (**الوكالة جائزةٌ من الجانبين**)[٢] محله : إذا لم يذكر جُعْل معلوم ، فإن ذكر ووجدت شروط الإجارة ؛ فإن عقد بلفظ الإجارة . . لزمت ، أو الوكالة . . خرجه الرافعي بحثاً علىٰ أن المعتبر صيغ العقود أم معانيها[٣] ، وجزم به الروياني في « البحر » فحكىٰ وجهين في هـٰذه الصورة ، هل هي جائزة أو لازمة ؟[٤] .

٢٤٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٦] : (**فإذا عزله الموكل في حضوره ، أو قال : « رفعت الوكالة » ، أو « أبطلتها » ، أو « أخرجتك منها » . . انعزل**) فيه أمران :

أحدهما : أن العزل معنىً يعبر عنه بألفاظ ؛ منها : (عزلتك) ، ومنها : (رفعت الوكالة) ، وكذلك بقية الألفاظ ؛ ولهـٰذا عبر في « الروضة » بقوله : (أن يعزله بقوله : « عزلته » ، أو « رفعت الوكالة » . . . إلىٰ آخره)[٥] ، فهـٰذه الألفاظ الثلاثة المذكورة في « المنهاج » بعد ذكر العزل إما أن تكون من ذكر الخاص بعد العام ، وإما أن يحمل العزل المذكور أولاً علىٰ هـٰذا اللفظ خاصة دون ما يؤدي معناه من الألفاظ .

ثانيهما : كان ينبغي تأخير قوله : (**في حضوره**) عن بقية الألفاظ ؛ فإن المراد بها ذلك ؛ بدليل أن منها : (أخرجتك منها) ولأن مقابلها قوله بعده : (**فإن عزله وهو غائبٌ**)[٦] .

٢٤٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**فإن عزله ولم يعلم الوكيل . . انعزل في أحد القولين**) هو **الأصح** كما في « المنهاج » وغيره[٧] ، وهو مفهوم من ذكر « الحاوي » الانعزال بالعزل[٨] ، وعبر

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٠٩) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٦) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٥٦) .

(٤) بحر المذهب (٨/١٥٦) .

(٥) الروضة (٤/٣٣٠) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٦) .

(٧) المنهاج (ص ٢٧٦) .

(٨) الحاوي (ص ٣٣٢) .

« المنهاج » عن مقابله بقوله [ص ٢٧٦] : (**وفي قولٍ : لا حتىٰ يبلغه الخبر**) وقد يفهم منه الاكتفاء بمطلق بلوغ الخبر ، وليس كذلك ، بل المراد : خبر من تقبل روايته .

ولا يرد ذلك على « التنبيه » لأنه اعتبر فيه العلم ، وأقل درجاته : الحمل على الظن ، وإنما يحصل الظن بخبر من تقبل روايته ، وفي « الروضة » وأصلها ـ تفريعاً على الأصح ـ : ينبغي للموكل أن يشهد على العزل ؛ لأن قوله بعد تصرف الوكيل : (كنت عزلته) لا يقبل[1] .

قال في « المهمات » : وليس علىٰ إطلاقه ، بل صورته : ما إذا أنكر الوكيل العزل ، أما إذا وافقه ولكن قال : كان بعد التصرف . . فإنه يكون كدعوى الزوج تقدم الرجعة على انقضاء العدة ، وفيه تفصيل معروف ، قاله الرافعي في اختلاف الموكل والوكيل[2] .

٢٤٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٦] : (**ولو قال : « عزلت نفسي » ، أو « رددت الوكالة »** . . **انعزل**) فيه أمور :

أحدها : في معنىٰ هـٰذين اللفظين ما تقدم من الألفاظ في الموكل .

ثانيها : قال شيخنا الإسنوي : لقائل أن يقول : كيف ينعزل بذلك مع قولهم : لا يلزم من فساد الوكالة فساد التصرف لبقاء الإذن ؟[3]

ثالثها : إنما ذكر رد الوكالة بعد العزل ؛ لأنه أراد لفظ العزل دون ما يؤدي معناه من الألفاظ ، وفي « الحاوي » [ص ٣٣٢] : (**ينعزل بعزل واحد**) ، ثم قال بعد مسائل : (**ورد الوكيل**)[4] .

واعترض عليه : بأنه لا حاجة لذلك ؛ لدخوله في قوله أولاً : (**وينعزل بعزل واحد**) فإنه عزل لنفسه بلفظ الرد ، قال المعترض : ولا يصح حمل كلامه علىٰ أنه أراد به الرد عند الإيجاب ، لأنه لم يصر وكيلاً إذ ذاك ، وإنما يصير وكيلاً بالرضا . انتهىٰ .

وجوابه : أنه أراد أولاً : لفظ العزل دون معناه ، أو عطف الخاص على العام ، ولا يليق الأول بإتقانه ، ولا الثانيٰ باختصاره ، فالاعتراض قوي ، والله أعلم .

٢٤٣٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وينعزل بخروج أحدهما عن أهلية التصرف بموت**)[5] قال في « المطلب » : **الصواب** : أن الموت ليس بعزل ، بل انتهت الوكالة به كالنكاح[6] .

---

(١) الروضة (٤/ ٣٣٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٢٦٥) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٤٦) .
(٤) الحاوي (ص ٣٣٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٦) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٤٦) .

٢٤٣٨ـ قولهم : (**أو الإغماء**)[١] زاد « المنهاج » : (**في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : اختار السبكي عدم الانعزال بالإغماء تبعاً « للوسيط » والإمام والقاضي[٢] .

ثانيها : يستثنىٰ من ذلك : أنه لا ينعزل الوكيل في رمي الجمار بإغماء الموكل ، كما ذكروه في الحج .

ثالثها : ظاهر عبارة « التنبيه » و« المنهاج » التقييد بهٰذه الأمور الثلاثة دون ما عداها ، فيرد عليهما مسائل :

منها : طريان الرق ، كما إذا وكل حربياً ، فاستُرق . . فإنه ينعزل .

ومنها : حجر السفيه ينعزل به فيما لا ينفذ من السفيه ، وكذلك حجر الفلس ينعزل به فيما لا ينفذ من المفلس ، وكذلك الفسق ينعزل به فيما تعتبر فيه العدالة .

ومنها : ردة الموكل تبنىٰ علىٰ أقوال ملكه ، وفي ردة الوكيل وجهان ، وجزم في « المطلب » بالانعزال بردة الموكل دون الوكيل ؛ ولهٰذه المسائل أطلق « الحاوي » زوال أهلية واحد ، ولم يقيده بشيء إلا أنه مثله بالإغماء ، لكن يرد عليه : النوم ؛ فإنه لا ينعزل به وإن خرج عن الأهلية ، فكل من التقييد والإطلاق معترض ، والله أعلم .

٢٤٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٣٢] : (**وبخروج محل التصرف عن ملك الموكل**) كذا بخروج منفعته عنه ؛ كما إذا زوَّج من وكله ببيعها أو أجرها وإن جاز بيع المستأجر ، فلو عاد إلىٰ ملكه . . لم تعد الوكالة ، كذا نقله الرافعي عن « التتمة »[٣] ، فلو وكله في بيع شيء ، ثم أوصىٰ به ، أو دبره ، أو علق عتقه بصفة . . فهل ينعزل الوكيل ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف فيه علىٰ نقل ، **والأقرب** : أنه لا ينفذ تصرفه لا سيما الوكيل في البيع من غير تعيين سلعة بعينها ، قال : ولو فرعنا على الانعزال ، فباع جاهلاً به . . جرىٰ فيه الخلاف في تصرف الوكيل وهو جاهل بالعزل ، وفيه نظر . انتهىٰ .

٢٤٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٦] : (**وإنكار الوكيل الوكالة لنسيان أو لغرضٍ في الإخفاء ليس بعزلٍ ، فإن تعمد ولا غرض . . انعزل**) هٰذا التفصيل بعينه يأتي في إنكار الموكل ، وقد ذكره « الحاوي »[٤] ، ونقله الرافعي في « الكبير » عن تصحيح الغزالي[٥] ، وأطلق في « الصغير »

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٦) .
(٢) الوسيط (٣/٣٠٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/٥٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٥٥) .
(٤) الحاوي (ص ٣٣٢) .
(٥) فتح العزيز (٥/٢٥٦) .

ترجيحه ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » فإنه جعل فيه الخلاف في إنكار الوكيل[1] ، لكن صححا في (باب التدبير) : الانعزال مطلقاً[2] .

وقال في « المهمات » : هو المفتىٰ عليه ؛ فقد قال في « النهاية » : إنه المشهور ، ولم يذكر التفصيل إلا احتمالاً لنفسه[3] .

وقال شيخنا ابن النقيب : إطلاق التدبير محمول علىٰ ما هنا[4] .

وذكر الجُوري أنه لو أنكر الوكالة حين ادعي عليه بحق علىٰ موكله ، فقامت البينة بقبوله.. لم ينعزل ، ولم تندفع عنه الخصومة إلا أن يعزل نفسه ، فتستثنىٰ هـٰذه الصورة أيضاً إن لم تندرج في الإخفاء لغرض .

٢٤٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : **(وإن وكل عبداً في شيء ثم أعتقه.. احتمل أن ينعزل ، ويحتمل أن لا ينعزل)** الاحتمالان وجهان عن ابن سريج ، **وصحح** النووي في « تصحيحه » في عبده : الأول[5] ، وحكاه في « الروضة » عن الماوردي والجرجاني[6] ، وادعىٰ بعضهم أنه داخل في قول « المنهاج » [ص ٢٧٦] و« الحاوي » [ص ٣٣٢] : **(وبخروج محل التصرف عن ملك الموكل)** وفيه نظر ؛ فإنه لم يخرج هنا عن **ملك** الموكل محل التصرف ، وإنما خرج عنه الشخص المتصرف ، وقال الرافعي في « الشرح الصغير » : **الأقرب** : أنه إن وكل بصيغة عقد.. بقي الإذن ، أو أمرٍ.. فلا .

وفي « الروضة » وأصلها في مداينة العبيد : تصحيح أن العبد المأذون ينعزل بالبيع والعتق[7] .

وفي بعض النسخ : (عبده) ، فأخرج عبد غيره ، **والمذهب** في « الروضة » : القطع ببقاء وكالته[8] ، وفي بعضها : (عبداً) كما حكيته .

وعلىٰ ذلك مشى النووي في « التصحيح » ففصّل ، وقال عطفاً على الأصح : وأنه إذا وكل عبده في شيءٍ ثم أعتقه.. انعزل ، ولو وكل عبداً لغيره فأُعْتِقَ.. لا ينعزل ، قال : والخلاف فيهما مشهور ، وجعله « المصنف » احتمالين . انتهىٰ[9] .

---

(١) الروضة (٤/ ٣٣٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٢٥) ، و« الروضة » (١٢/ ١٩٧) .
(٣) انظر « نهاية الطلب » (٧/ ٥٥) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٤٧) .
(٥) تصحيح التنبيه (١/ ٣٤٣) .
(٦) الروضة (٤/ ٣٣١) ، وانظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٥٠٧) ، و« التحرير » (١/ ٣١٩) .
(٧) فتح العزيز (٤/ ٣٦٦) ، الروضة (٣/ ٥٦٧) .
(٨) الروضة (٤/ ٣٣١) .
(٩) تصحيح التنبيه (١/ ٣٤٣) .

ومحل الخلاف في عبد غيره : فيما إذا أمره السيد ليتوكل لغيره ، فإن قال : إن شئت فتوكل لفلان ، وإن شئت فلا ، ثم أعتقه ، أو باعه.. لم ينعزل قطعاً ، حكاه في « الروضة » عن « البيان » ، وأقره[1] ، وحكاه في « المهمات » عن جماعة ، واستغرب اقتصاره على « البيان » ، قال : ونقل الشيخ أبو حامد عن ابن سريج في عبد نفسه مثله أيضاً .

٢٤٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٧] : (**ولو اشترىٰ جارية بعشرين ، وزعم أن الموكل أَمَرَهُ فقال** : « **بل بعشرة** ») أي : إنما أذنت في الشراء بعشرة ، وحلف ، فإن اشترىٰ بعين مال الموكل ، وسماه في العقد ، أو قال بعده : (اشتريته لفلان والمال له) ، وصدقه البائع.. فالبيع باطل ، اقتصر في « الروضة » وأصلها علىٰ ذكر اتفاقهما علىٰ أن الشراء لفلان ، ولم يذكر اتفاقهما علىٰ أن المال له[2] ، وكذا في « الحاوي » اقتصر على اعتراف البائع بالوكالة[3] ، والمسألة في بعض نسخه دون بعضها ، **والصواب** : أنه لا بد من اعتبار ذلك أيضاً ؛ فإنه لو قال لغيره : (اشتر لي كذا بدراهمك) ، فاشتراه له ، ولم يصرح باسم الموكل ، بل نواه.. وقع لنفسه ، كما في « الروضة » وأصلها في الكلام علىٰ بيع الفضولي ، فلا يلزم من اتفاقهما علىٰ أن الشراء للغير أن يبطل العقد ، بل لا بد مع ذلك من الاتفاق علىٰ أن المال لغيره . انتهىٰ[4] .

نعم ؛ قد يقال : لو اتفقا علىٰ أن المال للغير.. كفىٰ ذلك ، وإن لم يتفقا علىٰ أن الشراء له.. فالاقتصار على الثاني قد يكفي بخلاف الأول ، والله أعلم .

٢٤٤٣ـ قول « المنهاج » في المسألة [ص ٢٧٧] : (**وإن كذبه.. حلف علىٰ نفي العلم بالوكالة ووقع الشراء للوكيل**) استشكله في « المهمات » من وجهين :

أحدهما : أنه كيف يستقيم الحلف علىٰ نفي العلم مع أن الحلف يكون علىٰ وفق الجواب ، وهو لم يجب بنفي العلم ، بل أجاب بالبت ؟

ثانيهما : كيف يصح الاقتصار في التحليف علىٰ نفي العلم بالوكالة مع أنه لو أنكر الوكالة ولكن اعترف بأن المال لغيره.. كان كافياً في إبطال البيع ؟ فينبغي أن يحلف علىٰ نفي العلم بهما جميعاً كما يجيب بهما جميعاً ، بل يكفي التحليف على المال ؛ لما ذكرناه .

٢٤٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٧] : (**وكذا إن اشترىٰ في الذمة ولم يُسَمِّ الموكل ، وكذا إن سماه وكذبه البائع في الأصح**) أي : كذبه في الوكالة ، فقال : سميته ولم تكن وكيله .

---

(١) البيان (٦/٤٥٧) ، الروضة (٤/٣٣١) .

(٢) فتح العزيز (٥/٢٦١) ، الروضة (٤/٣٣٨ ، ٣٣٩) .

(٣) الحاوي (ص ٣٣٣) .

(٤) فتح العزيز (٤/٣٢) ، الروضة (٣/٣٥٣) .

٢٤٤٥ـ قوله : (**وإن صدقه . . بطل الشراء**)[1] كذا في « الروضة » وأصلها هنا[2] ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٣٣٣] : (**واعترف البائع بالوكالة**) وذكرا قبل ذلك في الشراء المخالف لأمر الموكل إذا كان في الذمة : أنه للوكيل إن لم يسم الموكل ، وكذا إن سماه **على الأصح** ، وتلغو التسمية ؛ لأن تسمية الموكل غير معتبرة في الشراء ، فإذا سماه ولم يمكن صرفه إليه . . صار كأنه لم يسمه .

٢٤٤٦ـ قول « المنهاج » ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » في بعض نسخه : (**وحيث حكم بالشراء للوكيل . . يستحب للقاضي أن يرفق بالموكل ليقول للوكيل : « إن كنت أمرتك بعشرين . . فقد بعتكها بها » ، ويقول هو : « اشتريت » لتحل له**)[3] فيه أمران :

أحدهما : أن الاقتصار على الرفق في ذلك بالموكل ليقول ما ذكره . . محله : فيما إذا اشترىٰ في الذمة وسمَّاه وكذبه البائع ، أو لم يسمه ، أما إذا اشترىٰ بالعين وكذبه ؛ فإن كان الوكيل صادقاً . . فالملك للموكل ، وإلا . . فللبائع ، فينبغي أن يرفق الحاكم بهما جميعاً .

ثانيهما : أن هـٰذا لا يختص بصورة الحكم بالشراء للوكيل ، بل يأتي في بعض صور البطلان وبقاء السلعة للبائع ، ذكره شيخنا الإمام البقيني بحثاً فيما إذا اشترىٰ بعين مال الموكل وسماه في العقد ، أو قال بعده : (اشتريته لفلان والمال له) ، وصدقه البائع ، ووافق البائع المشتري علىٰ ما ادعاه من أن الموكل وكله بهـٰذا القدر ، قال شيخنا : فالجارية باعتراف البائع ملك للموكل ، فينبغي أن يأتي فيه من التلطف ما ذكر في مسألة الوكيل ، ولم يتعرضوا له .

قلت : أي : يرفق بالموكل ليقول للبائع : (إن كنت أمرت وكيلي بعشرين . . فقد بعتكها بها) ، ويقول هو : (اشتريت) .

٢٤٤٧ـ قول « الحاوي » في بعض نسخه [ص ٣٣٣] : (**وإلا ـ أي : وإن لم يقل الوكيل ذلك ـ . . فلا تحل له ، وله بيعها ، وأخذ العشرين من ثمنها**) ، هـٰذا إذا كان صادقاً ، فإن كان كاذباً . . لم يحل له التصرف فيها ببيع أو وطء أو غيرهما إن كان الشراء بعين مال الموكل ، وإن كان في الذمة . . ثبت الحل .

نعم ؛ في « التتمة » : أنه إذا كان كاذباً والشراء بعين مال الموكل . . فللوكيل بيعها إما بنفسه أو بالحاكم .

٢٤٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٧] : (**ولو قال : « أتيت بالتصرف المأذون فيه » ، وأنكر**

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٧) .
(٢) فتح العزيز (٥/ ٢٦١) ، الروضة (٤/ ٣٣٨ ، ٣٣٩) .
(٣) الحاوي (ص ٣٣٣) ، المنهاج (ص ٢٧٧) .

الموكل . . صدق الموكل ، وفي قولٍ : الوكيل) محلهما : قبل العزل ، أما بعده : فيجزم بالأول ، كذا في « الروضة » وأصلها[1] ، وحكى السبكي طريقة أخرىٰ بجريان الخلاف بعده أيضاً ، وطريقة أخرىٰ بأن الخلاف بعده ، أما قبله : فيجزم بالثاني .

٢٤٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : **(وإن اختلفا في البيع وقبض الثمن ، فادعاه الوكيل وأنكر الموكل ، أو قال الوكيل : « اشتريته بعشرين » ، وقال الموكل : « بعشرة » . . ففيه قولان)** صحح النووي في « تصحيحه » : أن القول قول الموكل[2] ، لكن **الأصح** : في « الروضة » وأصلها في قبض الثمن : أنهما إن اختلفا قبل تسليم المبيع . . فالقول قول الموكل ، وإن كان بعده . . فالقول قول الوكيل ؛ لأن الموكل يدعي خيانته وتقصيره بالتسليم بلا قبض ، والأصل عدمه ، فلو أذن في التسليم قبل قبض الثمن ، أو في البيع بمؤجل وفي القبض بعد الأجل . . فالقول قول الموكل ؛ إذ لا خيانة بالتسليم[3] ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » و« الحاوي » لما ذكر المسألة في بعض نسخه[4] .

٢٤٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٧] : **(وقول الوكيل في تلف المال مقبولٌ بيمينه)** فيه أمور :

أحدها : مراده : عدم الضمان ، كما صرح به « التنبيه »[5] ، وهو مفهوم من ذكر « الحاوي » الضمان عند التعدي[6] ، وإلا . . فالغاصب وَكُلُّ من يده ضامنة يقبل قوله في التلف .

ثانيها : محل القبول : إذا أطلق التلف ، فإن أسنده إلىٰ سبب ؛ فإن كان خفياً كسرقة . . فكذلك ، وإن كان ظاهراً كحريق ؛ فإن عرف وقوعه وعمومه . . صدق بلا يمين ، وإن عرف وقوعه دون عمومه . . صدق بيمينه ، وإن جهل . . طولب ببينة ، ثم يُحلّف على التلف به ، وقد ذكروا هٰذا التفصيل في الوديعة ، وهو جار هنا[7] .

ثالثها : مقتضىٰ كلامهم : الجزم بقبول قول الوكيل في التلف وإن كان بجُعل ، وكذا هو مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها[8] ، قال في « المهمات » : وليس كذلك ؛ فقد حُكي عن أبي علي الطبري : أن فيه الخلاف في الرد ، وحكاه أيضاً الماوردي في (الإجارة) ، لكن في نفس الموكل فيه كالعين التي يبيعها دون مقابله ؛ كالثمن . انتهىٰ .

---

(١) فتح العزيز (٥/ ٢٦٤) ، الروضة (٤/ ٣٢٤) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٣٤٠) .
(٣) فتح العزيز (٥/ ٢٦٦ ، ٢٦٧) ، الروضة (٤/ ٣٤٣) .
(٤) الحاوي (ص ٣٣٣) ، المنهاج (ص ٢٧٧) .
(٥) التنبيه (ص ١١٠) .
(٦) الحاوي (ص ٣٣٤) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٥٠) .
(٨) فتح العزيز (٥/ ٢٦٥) ، الروضة (٤/ ٣٤٢) .

٢٤٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**وإن كان بجعل . . فقد قيل : القول قوله ـ أي : في الرد ـ وقيل : القول قول [الموكل]**[(١)]) فيه أمور :

أحدها : **الأصح** : الأول ، كما في « المنهاج » وغيره[(٢)] ، وتقييد الوجه الثاني بالجعل لا بد منه ، وإن لم يذكره في « المحرر » فاستدراكه في « المنهاج » صواب .

ثانيها : ظاهر إطلاقه وإطلاق « المنهاج » و« الروضة » وأصلها : أنه لا فرق بين أن يكون ذلك قبل العزل أو بعده ، وبه صرح في « الكفاية » ، وقال في « المطلب » : الخلاف فيما قبل العزل ، أما بعده : فلا يقبل قطعاً .

ثالثها : ظاهره : تصديقه في الرد ولو كان ضامناً لذلك المال ؛ كما إذا ضمن لشخص مالاً في ذمة آخر ، ثم إن المضمون له وكله في قبضه من المضمون عنه ، فقبضه ، وادعىٰ رده على المضمون له ، وقد سُئل عن ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وأجاب فيه بذلك ، قال : ولا يتخيل أنه مسقط عن نفسه الدين بقوله ؛ لأمرين :

أحدهما : أن صورة المسألة : أنه ثبت قبضه إما ببينة وإما بتصديق الموكل .

والثاني : أن الموكل سلطه علىٰ ذلك .

٢٤٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٧] : (**ولو وكله بقضاء دينٍ**) كذا في بعض نسخ « المحرر »[(٣)] وفي بعضها : (بقبض دين ، فقال : « قبضته ») ، وهو تحريف كما قاله في « الدقائق »[(٤)] .

٢٤٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**وإن وكله في قضاء دين ، فقضاه في غيبة الموكل ، ولم يشهد ، وأنكر الغريم . . ضمن ، وقيل : لا يضمن ، وليس بشيء**) أشار ابن يونس إلى انفراده بحكاية هـٰذا الوجه ، وأن الخلاف فيما إذا قضاه بحضرة الموكل ، وليس كذلك ؛ فقد حكاه البغوي وغيره[(٥)] .

٢٤٥٤ـ قوله : (**وإن أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة ، أو شاهداً واحداً . . فقد قيل : يضمن ، وقيل : لا يضمن**)[(٦)] الثاني هو **الأصح** ، ومحل الخلاف في ظاهري العدالة : إذا بانا فاسقين ، وفي الشاهد الواحد : إذا مات ، وإلا . . فيحلف معه ، نبه على الثاني صاحب « المعين » .

٢٤٥٥ـ قوله : (**وإن قضاه بمحضر الموكل ولم يشهد . . فقد قيل : يضمن ، وقيل :**

---

(١) في (أ) ، (ج) : (الوكيل) .
(٢) المنهاج (ص ٢٧٧) .
(٣) المحرر (ص ٢٠٠) .
(٤) الدقائق (ص ٦٣) .
(٥) انظر « التهذيب » (٤/٢٢٨) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) .

لا يضمن)[1] الثاني هو **الأصح** ، ويوافق الأول قول « الحاوي » [ص ٣٣٣] : (**وضمن الوكيل بتركه**) ولم يفصل بين الغيبة والحضور ، وقد عرفت أن **الأصح** : التفصيل ، فإطلاقه معترض ، وهو معروف مما ذكره في الضمان .

وخرج بحضرة الموكل : ما لو أدّىٰ في غيبته ، وصدقه المستحق ، **والأصح** علىٰ ما في (باب الضمان) : عدم الضمان .

٢٤٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**وإن وكله في الإيداع ، فأودعه ، ولم يشهد . . لم يضمن ، وقيل : يضمن**) ظاهره : ترجيح عدم الضمان ، وأقره عليه في « التصحيح » ، ومشىٰ عليه « الحاوي »[2] ، **وصححه** الغزالي[3] ، **وصحح** البغوي : مقابله[4] ، ومحل الخلاف كما قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : إذا أودع في غيبة الموكل ، أما مع حضوره . . فلا يضمن .

وقال الماوردي : محله : إذا كذب الموكل والمودع الوكيل ، فلو صدقه الموكل فقط . . لم يضمن ، ولو صدقه المودع فقط والعين تالفة . . لم يضمن ؛ لأن الإقرار بالقبض أقوىٰ من الإشهاد[5] .

وقال صاحب « المعين » : الخلاف المذكور علىٰ قولنا : يلزمه الإشهاد في قضاء الدين ، **وهو الأصح** ، وإلا . . فلا ضمان هنا قطعاً .

٢٤٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٨] : (**وقيِّمُ اليتيم إذا ادعىٰ دفع المال إليه بعد البلوغ . . يحتاج إلىٰ بينةٍ على الصحيح**) مراده بقيم اليتيم : منصوب القاضي فقط ؛ فإن الأب والجد لا يتم معهما ، والوصي قد ذكره في آخر (الوصية) ، وجزم فيه بأنه لا يصدق ، ولو عكس ـ كما فعل الماوردي ـ فجزم في القيم بعدم التصديق ، وتردد في الوصي . . لكان أولىٰ ؛ لأن الوصي أقرب إلى التصديق .

وتوجيه ما فعله « المصنف » : أن القيم في معنى القاضي ، فكان أعلىٰ رتبة وأقرب إلى التصديق ، والمشهور في الأب والجد أيضاً : عدمِ التصديق ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » في (باب الحجر) أن الولي إذا ادعىٰ أنه دفع إليه المال . . لم يقبل إلا ببينة[6] ، وهو شامل للأب والجد ، وأقره في « التصحيح » ، وصرح به في « الكفاية » ، وإن كان الرافعي والنووي لم يذكراه إلا في الوصي والقيم .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) .
(٢) الحاوي (ص ٣٣٣) .
(٣) انظر « الوجيز » (٣٦٦/١) .
(٤) انظر « التهذيب » (٢٢٨/٤) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٥٢٨/٦) .
(٦) التنبيه (ص ١٠٣) .

ثم اعلم : أن السفيه بعد رشده كالصبي بعد بلوغه[١] .

٢٤٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٨] : (**وليس لوكيل ولا مودعٍ أن يقول بعد طلب المالك : « لا أرُدُّ المال إلا بإشهادٍ » في الأصح**) كذا كل من يقبل قوله في الرد ؛ كالشريك وعامل القراض وغيرهما ؛ ويدل لذلك قوله في مقابله : (**وللغاصب ومن لا يقبل قوله في الرد ذلك**)[٢] ، وفي « الحاوي » [ص ٣٣٣] : (**ولغير المصدق في الأداء طلب الإشهاد**) وما أطلقاه في الغاصب محله : فيما إذا كان عليه بينة ، فإن لم يكن عليه بينة . . **فالأصح عند البغوي** : أن الحكم كذلك[٣] ، والذي ذكره العراقيون : أنه ليس له طلب الإشهاد ؛ لتمكنه من أن يقول : (ليس له عندي شيء) ، ويحلف عليه ، **واختار في « الشامل »** : التفصيل بين أن يؤدي إلىٰ تأخير التسليم أم لا ، واستشكل في « المطلب » جواز التأخير للغاصب ؛ لأن التوبة واجبة على الفور ، وهي متوقفة على الرد ، وتعبير « المنهاج » بـ(الرد) لا يشمل الدين ، وحكمه حكم من لا يقبل قوله في الرد ، فلو عبر بـ(الدفع) . . لتناوله ، والله أعلم[٤] .

٢٤٥٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن كان عليه حق لرجل ، فجاء رجل وادعىٰ أنه وكيل ، فصدقه . . جاز الدفع ولا يجب**)[٥] مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها : جواز الدفع ولو كذبه[٦] ، وهو مشكل في العين ؛ فإنه تصرف في ملك الغير .

٢٤٦٠ـ قولهم أيضاً : (**وإن قال : « أنا وارثه » ، فصدقه . . وجب عليه الدفع إليه**)[٧] صورة المسألة : أن يقول : (هو وارثه لا وارث له غيره) ، صرح به في « الكفاية » ، قال في « المهمات » : وهو يؤخذ من كلامهم في (الدعاوىٰ) .

٢٤٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**وإن قال : « أحالني عليك » ، فصدقه . . فقد قيل : يجب الدفع إليه ، وقيل : لا يجب**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشي « المنهاج » و« الحاوي »[٨] .

٢٤٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠] : (**فإن جاء صاحب الحق وأنكر . . وجب على الدافع الضمان**) أي : إذا حلف علىٰ ذلك ، ولصاحب الحق مطالبة القابض أيضاً إذا كان الحق عيناً دون

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٥٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٨) .
(٣) انظر « التهذيب » (٤/ ٢٢٧) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٥٣) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٨) .
(٦) الروضة (٤/ ٣٤٥) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١١٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٣) ، و« المنهاج » (ص ٢٧٨) .
(٨) الحاوي (ص ٣٣٣) ، المنهاج (ص ٢٧٨) .

ما إذا كان ديناً ، ثم إذا غرم أحدهما . . لا يرجع على الآخر ؛ لأن كلاً يقول : إن ما غرمه ظلم ، فلا يرجع به علىٰ غير من ظلمه ، وفي الرافعي عن « التتمة » : أنها إذا كانت عيناً ، وتلفت بتفريط ، فغرّم الدافع . . رجع على القابض ، وإن كان ديناً ، فغرم الدافع . . له الرجوع إن كان المدفوع باقياً أو تلف بتفريطه[1] .

٢٤٦٣ـ قول « الحاوي » [ص ٣٣٣] : (**وإن ثبت قبض الوكيل . . لم تُسمع بينة التلف والرد قبل الجحد**) هـٰذا ما **صححه الإمام**[2] ، واقتصر عليه في « الوجيز »[3] ، قال الرافعي في « شرحيه » : وأولىٰ الوجهين : سماعها[4] ، **ورجحه** « التنبيه »[5] ، وجزم به « الحاوي » كلاهما في مسألة الوديعة في بابها[6] .

وصورة المسألة : أن تكون صيغة جحوده : (أنك **ما** وكلتني) ، أو (ما دفعت إليّ شيئاً) ، أو (ما قبضت) ، أما إذا كانت [صفة][7] جحوده : (**ما** لك عندي شيء) ، أو (لا يلزمني تسليم شيء إليك) . . فإنه يقبل قوله في الرد والتلف ، وإن أقام بينة . . سمعت ؛ إذ لا تناقض بين كلاميه ، وقد ذكره « التنبيه » في الوديعة[8] ، والله أعلم بالصواب .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٦٩) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (٧/٤٢) .
(٣) الوجيز (١/٣٦٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٧١ ، ٢٧٢) .
(٥) التنبيه (ص ١١٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٤٠) .
(٧) في (ج) : (صيغة) .
(٨) التنبيه (ص ١١٢) .

كتاب الإقرار

٢٤٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٩] : (**يصح من مطلق التصرف**) مثل قول « الحاوي » [ص ٣٣٥] : (**المكلف يؤاخذ بإقراره**) فإن المراد بمطلق التصرف : المكلف ، وهو البالغ العاقل ، والمراد بصحة إقراره : المؤاخذة به ، وفي « التنبيه » [ص ٢٧٤] : (**من لم يحجر عليه.. يجوز إقراره**) ثم فصل الكلام بعد ذلك في أنواع الحجر .

ويستثنىٰ من كلامهم جميعاً : إقرار الصبي المميز بالتدبير والوصية والإسلام إذا صححنا ذلك منه ، وقال الشافعي رضي الله عنه : (لا يصح إقرار الخنثى المشكل بحالٍ حتىٰ يستكمل خمس عشرة سنة)[١] ، وظاهره بطلان إقراره قبل هـٰذا السن وإن بلغ ، ولكن أوّله الأصحاب ، قال السبكي : وتأويله مشكل .

ويعتبر في صحة الإقرار أيضاً : عدم الإكراه ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك ، فقال [ص ٢٧٩] : (**ولا يصحُ إقرارُ مكرهٍ**) ، وصورته : إذا ضُرب ليقر ، فأما إذا ضرب ليَصْدُق ، فأقر.. فإنه يصح ، نقله في « الروضة » عن « الأحكام السلطانية » ، وتوقف فيه ، فقال : وهو مشكل ؛ لأنه قريب من المكره ، ولكنه ليس مكرهاً ؛ فإن المكره من أكره علىٰ شيء واحد ، وهنا إنما ضرب ليصدق ، ولا ينحصر الصدق في الإقرار . انتهىٰ[٢] .

ورده السبكي : بأن صورة المسألة انحصار الصدق فيه ، ثم قال : **والظاهر** : التفصيل ، فإن كان المكره عالماً بالصدق.. فهو إكراه ؛ لأنه لا يخليه إلا بذلك ، وإلا.. فلا ، قال الماوردي في أصل المسألة : وإن أعاد الإقرار بعد الضرب باستعادة.. عُمل به ، قال السبكي : وهـٰذا نص عليه الشافعي إذا لم يحدث له خوف بسبب ، فإن حدث.. فإقراره ساقط[٣] .

وقال الغزالي : المطلق يصح إقراره بكل ما يقدر علىٰ إنشائه[٤] ، وتبعه « الحاوي » فقال [ص ٣٣٧] : (**ونفذ بما يمكنه إنشاؤه**) ، واستثنى الرافعي والنووي من ذلك : الوكيل بالتصرف لا يقر به **على الأصح** ، وولي الثيب لا يقر بنكاحها ، قالا : ويمكن أن يزاد في الضبط من التصرفات المتعلقة

---

(١) انظر « الأم » (٣/٢٣٤)

(٢) الروضة (٤/٣٥٥ ، ٣٥٦) ، وانظر الأحكام السلطانية (ص ٢٨٦) .

(٣) انظر « الأم » (٣/٢٣٦) .

(٤) انظر « الوجيز » (١/٣٦٧) .

به التي يستقل بإنشائها ، أو يقال : ما يقدر علىٰ إنشائه يؤاخذ المقر بموجب إقراره ، ولا يلزم نفوذه في حق الغير . انتهىٰ[1] .

واستثنىٰ من مفهومه ـ وهو أن ما لا يقدر علىٰ إنشائه لا يقدر على الإقرار به ـ : إقرار المرأة بالنكاح ، وقد ذكره « الحاوي »[2] ، والمجهول بالحرية أو الرق وبالنسب ، والمفلس ببيع الأعيان ، والأعمىٰ بالبيع ، والوارث بدين علىٰ مورثه ، وإقرار المريض لوارثه بأنه كان وهبه وأقبضه في الصحة ، فكل هـٰؤلاء يصح إقرارهم ، ولا يقدرون علىٰ إنشاء ما أقروا به ، وزائل العقل بما يعذر فيه كالمجنون ، وإلا . . **فالأظهر** : قبول إقراره[3] .

٢٤٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٧٩] : (**فإن ادعى البلوغ بالاحتلام مع الإمكان . . صُدِّق ولا يُحَلَّف**) كذا في « الروضة » وأصلها هنا[4] ، وفي (الدعاوىٰ) في باب اليمين : الجزم بأنه لا يحلف أيضاً ، لكنه **صحح** في باب النكول : أن ولد المرتزق إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ، وطلب إثبات اسمه في الديوان . . أنه يحتاج إلى اليمين إن اتهم ، ومثله إذا حضر المراهق الواقعة فادعى الاحتلام وطلب السهم . . فيعطىٰ إن حلف ، وإلا . . فوجهان ، **أصحهما** : لا يعطىٰ . انتهىٰ[5] .

وقال السبكي : إن الأول **أصح** ، وإذا لم يحلف ، فبلغ مبلغاً يقطع فيه ببلوغه . . قال الإمام : **فالظاهر** أيضاً : أنه لا يحلف ؛ لانتهاء الخصومة[6] ، وذكر « التنبيه » عكسه ، وهو ما إذا أقر ثم ادعىٰ أنه غير بالغ ، وقال : (**القول قوله من غير يمين**)[7] ، وفي (الحجر) أن ولد الذمي إذا ادعىٰ أنه إنما أنبت بالاستعجال . . لا يقبل قوله في دفع الجزية عنه .

واعلم : أن دعوى الجارية الحيض كدعوى الاحتلام[8] .

٢٤٦٦ـ قوله : (**وإن ادعاه بالسن . . طولب بالبينة**)[9] يشمل الغريب الخامل ، وفيه احتمالات للإمام ، **أظهرها** : أن الحكم كذلك ، والثاني : يلحق بدعوى الاحتلام ، والثالث : ينظر فيه إلى الإنبات[10] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٧٤ ، ٢٧٥) ، و« الروضة » (٤/٣٤٩) .
(٢) الحاوي (ص ٣٣٧) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٥٦) .
(٤) الروضة (٤/٣٤٩) .
(٥) الروضة (١٢/٣٨ ، ٤٩) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٧/١٠١) .
(٧) التنبيه (ص ٢٧٤) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٥٧) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٩) .
(١٠) انظر « نهاية المطلب » (٧/١٠٠ ، ١٠١) .

٢٤٦٧ـ قوله : (**والسفيه والمفلس سبق حكم إقرارهما**)[١] لم يسبق إقرار السفيه بالنكاح ، وجزم الرافعي هنا بمنعه[٢] ، وقد يفهم ذلك من قول « التنبيه » [ص ٢٧٤] : (**ويجوز في الطلاق**) . واستشكل الرافعي المنع في (كتاب النكاح) بقبوله من المرأة[٣] ، وفي « التهذيب » : إنه يقبل كالمرأة[٤] .

٢٤٦٨ـ قول « التنبيه » في العبد [ص ٢٧٤] : (**وإن أقر بسرقة مال في يده** ـ أي : يوجب القطع ـ . . **قُطِع** ، **وفي المال قولان** ، **أحدهما** : **يسلم إليه** ـ أي : إلى المقر له ـ **والثاني** : **لا يسلم**) الثاني **هو الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله عطفاً علىٰ ما لا يقبل [ص ٣٣٧] : (**وجنايةٍ للمال**) ودل عليه قول « المنهاج » [ص ٢٧٩] : (**ويقبل إقرار الرقيق بموجب عقوبةٍ**) .

وقد يرد عليهما : أنه لو أقر بموجب قصاص ، وعفي عنه علىٰ مال . . تعلق بالرقبة **في الأصح** وإن كذبه السيد .

٢٤٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٤] : (**وإن تلف المال** . . **بيع منه بقدر المال في أحد القولين** ، **ولا يباع في الآخر**) الثاني **هو الأصح** .

٢٤٧٠ـ قوله : (**وإن أقر بمال** . . **اتبع به إذا أعتق**)[٥] يستثنىٰ منه : ما إذا كان مأذوناً له في التجارة ، وأقر بدين معاملة . . فإنه يؤدي من كسبه وما في يده ، وقد ذكره « المنهاج »[٦] ، ويستثنىٰ من كلامه : ما إذا لم يتعلق بالتجارة كالقرض . . فلا يُؤدىٰ مما في يده ، ومحله أيضاً : إذا لم يحجر عليه السيد ، فإن حجر . . فلا ؛ لعجزه عن الإنشاء حينئذ ، فلو أطلق الإقرار بالدين . . لم ينزل علىٰ دين المعاملة **في الأصح** ، كذا أطلق في « الروضة »[٧] ، وهو ظاهر إذا تعذرت المراجعة ، وإلا . . فليراجع كنظيره من المفلس ، وعبارة « الحاوي » عطفاً على المنفي [ص ٣٣٧] : (**والعبد بدين مطلقاً**) ، وهو موافق لما في « الروضة »[٨] ، وأخرج دين المعاملة فهو مقبول كما تقدم ممن له المعاملة ، وهو المأذون ، وفهم بعضهم أن « الحاوي » أراد بهـٰذه العبارة : قبول إقراره بالدين مطلقاً ، وقال : لم يتعرض فيما إذا نفذنا إقراره إلىٰ أنه هل يتعلق برقبته أو بذمته أو بالسيد ؟ ولا يرد

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٧٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٧٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/١٩) .
(٤) التهذيب (٤/٢٣٦) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٤) .
(٦) المنهاج (ص ٢٧٩) .
(٧) الروضة (٤/٣٥٢) .
(٨) الروضة (٤/٣٥٢) .

عليه ؛ لأن إقراره نافذ في كل ذلك ، هـٰذا ما أفهمه كلامه ، وأما التعلق : فلم يتعرض له . انتهىٰ .

وهو مردود ، ويعرف ذلك بمراجعة عبارته والنظر فيما قبل هـٰذه المسألة وبعدها ، وعلىٰ ما ذكرته شرحه القونوي ووضحه البارزي ، وهو واضح ، والله أعلم .

٢٤٧١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٤] : (**ويجوز إقراره عليه**) أي : السيد على العبد (**بجناية الخطأ**) ، محله : بالنسبة إلى التعلق بالرقبة ، أما بالنسبة إلى التعلق بالذمة إن رأيناه . . فلا .

٢٤٧٢ـ قول « التنبيه » في المريض ـ أي : مرض الموت ـ [ص ٢٧٤] : (**وفي إقراره بالمال للوارث قولان ، وقيل : يجوز إقراره قولاً واحداً**) **الأرجح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : القبول ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٢٧٩] : (**وكذا لوارثٍ على المذهب**) ، وعليه مشى « الحاوي » ، لكنه قال [ص ٣٣٧] : (**لا إن قال** : « **وهبت منه في الصحة** ») فاستثنىٰ من الصحة هـٰذه الصورة ، وفيها في الرافعي طريقان : القطع بالمنع ، وإجراء القولين ، قال : **ورجح** الغزالي : المنع ، واختار القاضي حسين القبول[1] .

قال في « الروضة » : القبول أرجح[2] .

قال في « المهمات » : وهـٰذا الخلاف مفرع علىٰ أن الإقرار للوارث لا يقبل ، فإن قلنا : يقبل ـ **وهو الصحيح** ـ . . صح هنا جزماً ، ذكره الرافعي في آخر الباب الثاني من الطلاق . انتهىٰ[3] .

فلو لم يقيد بالصحة ، بل أطلق الإقرار بأنه وهب وارثه ، أو قال في عين عُرف أنها كانت للمريض : هـٰذه ملك لوارثي . . نُزِّل ذلك علىٰ حالة المرض ، ذكره القاضي حسين في (التفليس) .

٢٤٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٤] : (**وإن أقر لبهيمة . . لم يثبت المال لصاحبها**) لكن لو قال : (بسببها لمالكها) . . قبل ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، ويحمل علىٰ مالكها حين الإقرار ، فإن لم يقل : (لمالكها) . . سُئل ، وعمل ببيانه ، قال الماوردي : وكذا يصح إذا أضاف إلىٰ ممكن ؛ كالإقرار لها بمال من وصية ونحوها[5] ؛ أي : فإنه تصح الوصية لها إذا قال : ليصرف في علفها .

٢٤٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٣٦] : (**وإن أقر لعبد لرجل بمال . . ثبت المال لمولاه**) ، قال شيخنا الإمام البلقيني : الذي تقتضيه قواعد المذهب ـ وهو

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٢٨١) .
(٢) الروضة (٤/ ٣٥٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٨٦) .
(٤) الحاوي (ص ٣٣٦) ، المنهاج (ص ٢٨٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٨) .

الصواب ـ : أنه لا يصرف للسيد إلا إذا تحقق استناده إلىٰ أمر في حال رق ذلك السيد ، فقد يكون ثبت له عليه في حالة حريته ، وكفره ، ثم استرق . . فلا يسقط ، فكيف يصرف لسيده ؟ وكذا لو كان بمعاملة أو جناية عليه في رق غيره .

٢٤٧٥ـ قول « المنهاج » في الإقرار للحمل [ص ٢٨٠] : (**وإن أسند إلىٰ جهةٍ لا تُمْكِنُ في حَقه . . فلغوٌ**) وعليه تدل عبارة « التنبيه » فإنه ذكر الصحة جزماً فيما إذا أسند إلىٰ إرث أو وصية ، **وعلى الأصح** فيما إذا أطلق كما فعل « المنهاج »[١] ، وفهم من سكوته عن هٰذه الصورة البطلان فيها ، كما صرح به « المنهاج » و« المحرر »[٢] ، لكن في « الشرحين » : إن أبطلنا الإقرار المطلق . . فهٰذا أولىٰ بالبطلان ، وإلا . . فطريقان ، **أصحهما** : القطع بالصحة ؛ لأنه عقّبه بما لا يُعْقَل ، فأشبه قوله له : (عليّ ألف لا تلزمني) ، والطريق الثاني قولان[٣] ، وتبع ذلك « الحاوي » فأطلق صحة الإقرار للحمل[٤] .

وقال في « الروضة » من زيادته : **الأصح** : البطلان ، كما في « المحرر »[٥] .

وقال السبكي : ما رجحه الرافعي في « الشرح » **أقوىٰ** ، ثم محل صحة الإقرار للحمل : ما إذا كان حراً ، فإن أقر لما في بطن أمةٍ من حمل . . فلا يمكن فيه تقدير إرث ، قاله السبكي .

٢٤٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٤] : (**وإن ألقته حياً وميتاً . . جعل المال للحي**) يتناول ما إذا كان الحي بنتاً ، وأسند الإقرار إلىٰ إرث من الأب ، وبه صرح الماوردي[٦] ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها : أن لها النصف[٧] .

٢٤٧٧ـ قوله : (**ومن أقر لرجل بمال ، فكذبه المقر له . . انتزع المال منه وحفظ ، وقيل : يترك في يده**)[٨] الثاني **هو الأصح** ، كما في « المنهاج » وغيره[٩] ، ولم يفصح « الحاوي » عن ذلك ، بل اقتصر علىٰ أن شرط صحة الإقرار : ألاَّ يكذبه **المقر** له[١٠] ، وهو بعد ذلك محتمل لبقائه في يد المقر وانتزاعه منه ؛ لسكوته عن ذلك ، والخلاف جارٍ في العين والدين ، كما هو في « الروضة »

---

(١) التنبيه (ص ٢٧٤) .

(٢) المحرر (ص ٢٠١) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٨٦)

(٤) الحاوي (ص ٣٣٦) .

(٥) الروضة (٤/٣٥٧) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٣٥) .

(٧) الروضة (٤/٣٥٧) .

(٨) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٤) .

(٩) المنهاج (ص ٢٨٠) .

(١٠) الحاوي (ص ٣٣٦) .

وأصلها في مواضع ، منها قول « الروضة » هنا : لو قال : (لإنسان أو لواحد من بني آدم عليّ ألف) . . ففي صحته وجهان بناء علىٰ ما لو أقر لمعين ، فكذبه . . هل ينزع منه ؟ إن قلنا : نعم . . فكذا هنا ، فيصح الإقرار ، وإلا . . لم يصح ، **وهو الصحيح** . انتهىٰ[1] .

وقال ابن الرفعة : محله : في العين خاصة ، قال في « المطلب » : وأجراه ابن يونس في الدين ، ولم أره لغيره . انتهىٰ .

٢٤٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٠] : (**فإن رجع المقر في حال تكذيبه وقال : « غلطت » . . قُبِلَ قوله في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : أن تقييد رجوع المقر بحالة تكذيب المقر له يوهم أنه لو رجع المقر له ، وصدقه . . أنه لا يكون كذلك ؛ وليس كذلك ، فإن **الأصح** : أن رجوع المقر له غير مقبول ، ولا يصرف إليه إلا بإقرار جديد .

ثانيهما : التقييد بقول المقر : (غلطت) في « المحرر » ، وفي « الوسيط » في (الدعاوىٰ)[2] ، وقواه في « المطلب » ، لكن في « الروضة » وأصلها : أنه لا فرق بين أن يقول : (غلطت) ، أو (تعمدت)[3] .

فصل

[ألفاظ وصيغ الإقرار]

٢٤٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٠] : (**قوله : « لزيد كذا » . . صيغة إقرار**) كذا في « الروضة »[4] ، وقال السبكي : أي : إذا وصل به شيء من الألفاظ الآتية ؛ أي : (عليَّ) ، أو (عندي) ، أو نحوهما ، وإلا . . فهو خبر لا يقتضي ثبوت حق على المخبر ، ولا عنده .

وذكر شيخنا الإسنوي أن هـٰذا في غير المعين ، أما إذا كان معيناً ؛ كـ (هـٰذا الثوب) . . لزمه تسليمه إليه إن كان بيده ، وكذا إن انتقل إليه .

٢٤٨٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣٣٥] : (**بـ « عليَّ » ، و« في ذمتي » و« عندي » و« معي »**) فصّل ذلك « المنهاج » فقال [ص ٢٨٠] : (**وقوله : « عليّ » ، و« في ذمتي » . . للدين ، و« معي » و« عندي » . . للعين**) ، وفيه أمور :

---

(١) الروضة (٤/٣٦٠) .

(٢) الوسيط (٧/٤١٣) ، المحرر (ص ٢٠١) .

(٣) الروضة (٤/٣٥٩) .

(٤) الروضة (٤/٣٦٠) .

أحدها : لو قال في اللفظين الأولين : أردت العين . . قبل ذلك في قوله : (علي) دون (في ذمتي) **على الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك ، وهو في « التنبيه » و« الحاوي » .

ثانيها : لو عبّر بـ (أو) كما في « الروضة » فقال : (علي) أو (في ذمتي) ، وقال : (معي) أو (عندي) . . لكان أحسن[1] .

ثالثها : قال النووي في زيادة « الروضة » : قوله : (إقرار بالعين) معناه : أنه يحمل عند الإطلاق علىٰ أن ذلك عين مودعة عنده ، قاله البغوي ، قال : حتىٰ لو ادعىٰ بعد الإقرار أنها كانت وديعة تلفت ، أو رددتها . . قُبِل قوله بيمينه[2] .

رابعها : أهملوا قوله : (قبلي) ، وفي « التهذيب » : هو دينٌ[3] ، وقال الرافعي : يشبه أن يكون صالحاً للدين والعين جميعاً[4] ، وما ذكره بحثاً سبقه إليه الماوردي[5] .

قال في « المهمات » : وهو خلاف مذهب الشافعي ؛ فقد نص في « الأم » على التسوية بينها وبين (عليَّ)[6] .

٢٤٨١ـ قولهم : (**إن قوله** : « **أنا مقرٌ به** » . . **إقرار**)[7] ، قال الرافعي : محله كما يدل عليه كلامهم : إذا خاطبه بذلك ، فقال : (أنا مقر لك به) ، وإلا . . فيحتمل أنه مقر به لغيره[8] ، وأسقط النووي ذلك من « الروضة » .

قال السبكي : وسواء أتىٰ بلفظ الخبر ـ كما هي عبارة الأصحاب ـ أو بلفظ الاستفهام ، قال : ورأيت في « المنهاج » الذي بخط المصنف موضع همزة الاستفهام مكشوطاً ، كأنه كتبها ثم كشطها ؛ موافقة لعبارتهم . انتهىٰ .

قال الرافعي بعد ذلك : اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد ينضم إليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء والتكذيب ، ومن جملتها الأداء والإبراء وتحريك الرأس علىٰ شدة التعجب والإنكار ، فيشبه أن يحمل قول الأصحاب : إنَّ (صَدَقْتَ) ، وما في معناها إقرار علىٰ غير هـٰذه

---

(١) الروضة (٤/٣٦٥) .
(٢) الروضة (٤/٣٦٥) ، وانظر « التهذيب » (٤/٢٥١) .
(٣) التهذيب (٤/٢٥١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٩٧) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٦١) .
(٦) الأم (٦/٢٢٢) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٥) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٠) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٩٧) .

الحالة ، فأما إذا اجتمعت القرائن . . فلا يكون إقراراً ، أو يقال : فيه خلاف ؛ لتعارض اللفظ والقرينة ، كما لو قال : (لي عليك ألف) ، فقال في الجواب علىٰ سبيل الاستهزاء : (لك عليَّ ألف) فإن المتولي حكىٰ فيه وجهين . انتهىٰ[1] .

قال في « المهمات » : لما حكى المتولي الوجهين . . قال : أصلهما : إذا أقر بشيء ثم وصله بما يرفعه ، قال : والأصح في المسألة التي فرع هٰذه عليها : اللزوم ، قال : ثم إن هٰذا الحكم لا يختص بالمثال الذي ذكره المتولي بلا شك ؛ لا سيما والتعليل يرشد إليه ، والسياق يدل عليه ، فتوقف الرافعي غريب . انتهىٰ .

٢٤٨٢ـ قولهم : (**إن قوله : « أنا أقر به » . . ليس بإقرار**)[2] مخالف لما حكاه الإمام عن الأكثرين : أنه إقرار[3] ، ونازعه الرافعي والنووي في نسبة ذلك لهم ، ثم قالا : لكنه مؤيد بأنهم اتفقوا علىٰ أنه لو قال : (لا أنكر ما يدعيه) . . كان إقراراً غير محمول على الوعد .

وأيده في « المهمات » أيضاً : بأنا إذا حملنا المشترك علىٰ جميع معانيه عند الإطلاق كما هو مذهب الشافعي . . اتجه القول به ؛ لأن المضارع مشترك بين الحال والاستقبال .

قلت : علىٰ طريقة ابن مالك لا علىٰ طريقة الأكثرين .

٢٤٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٣٥] : (**ولو قال : « أليس لي عليك كذا » فقال : « بلىٰ » ، أو « نعم » . . فإقرارٌ**) زاد « المنهاج » : (**وفي « نعم » وجهٌ**) رجحه ابن الرفعة ، وقطع به البغوي وغيره ؛ لأن أهل اللغة قالوا : (نعم) تصديق للنفي الداخل عليه الاستفهام ، و(بلىٰ) تكذيب له[4] ، فإذا قيل بعد ألم يقم زيد ؟ (نعم) . . فمعناه : لم يقم ، وإن قيل : (بلىٰ) . . فمعناه : أنه قام ؛ لأن نفي النفي إثبات ، وحُكي عن ابن عباس في قوله تعالىٰ : ﴿ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ قَالُواْ بَلَىٰ ﴾ : لو قالوا : نعم . . لكفروا[5] ، ولم يرجح الرافعي في « الكبير » شيئاً ، بل قال : قطع الجويني والمتولي بأنه إقرار ، وصححه الإمام والغزالي ، وقطع البغوي وغيره بمقابله[6] ، لكن في « الشرح الصغير » و« الروضة » ترجيح الأول[7] .

٢٤٨٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣٣٥] : (**و « لا » لجواب : ألك زوجة ؟**) أقره عليه صاحب

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٩٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٣٥) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٠) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٧/٨٧) .
(٤) انظر « التهذيب » (٤/٢٥٨) .
(٥) انظر « التسهيل لعلوم التنزيل » (٢/٥٤) .
(٦) فتح العزيز (٥/٢٩٨ ، ٢٩٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/٦٩) ، و« التهذيب » (٤/٢٥٨) .
(٧) الروضة (٤/٣٦٧) .

« التعليقة » ، وهو اختيار القاضي حسين ، **والأصح عند الرافعي** : أنه كناية في الإقرار[1] ، وقطع به البغوي[2] .

٢٤٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٠] : (**ولو قال : « اقض الألف الذي لي عليك » ، فقال : « نعم » ، أو « أقضي غداً » ، أو « أمهلني يوماً » ، أو « حتىٰ أقعد » ، أو « أفتح الكيس » ، أو « أجد »[3] . . فإقرارٌ في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : أنه عبر في « الروضة » في قوله : (نعم) بالمذهب[4] ، وهو مخالف لتعبيره هنا بالأصح .

ثانيهما : تبع في هـٰذه الصورة « المحرر »[5] ، وقال في « الروضة »[6] وأصلها فيما عدا الأولىٰ : إنها إقرار عند أبي حنيفة ، وأصحابنا مختلفون في ذلك ، والميل إلىٰ موافقته في أكثر الصور أكثر[7] .

وقال السبكي : **الأشبه عندي** : مقابله .

وقال في « المهمات » : ما ذكره من اللزوم في (أقضي غداً) ونحوه مما عري عن الضمير العائد على المال المدعىٰ به مردود ، بل يتعين أن يكون التصوير عند انضمام الضمير ؛ كقوله : (أعطيه) ونحوه ؛ فإن اللفظ بدونه محتمل أن يراد به : المذكور وغيره على السواء ؛ ولهـٰذا كان مقراً في قوله : (أنا مقر به) دون قوله : (أنا مقر) ، فقول الرافعي : (في أكثر الصور) للاحتراز عن هـٰذه الصورة . انتهىٰ .

ولم يذكر « الحاوي » شيئاً من هـٰذه الصور .

٢٤٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٥] : (**وإن قال : « كان له علي ألف » . . فقد قيل : يلزمه ، وقيل : لا يلزمه**) **الأصح** : أنه لا يلزمه ، كذا في « تصحيح النووي »[8] ، وذكره في « الروضة » بحثاً ، فقال : ينبغي أن يكون هو الأصح ، وأشار إلىٰ تصحيحه الجرجاني . انتهىٰ[9] .

وهو في « الروضة » وأصلها عن الجمهور في أوائل الباب الثالث في تعقيب الإقرار بما يغيره لو

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/١٣٢ ، ١٣٣) .
(٢) انظر « التهذيب » (٦/٣٣) .
(٣) في (أ) ، (د) : (**أو أجد المفتاح**) .
(٤) الروضة (٤/٣٦٨) .
(٥) المحرر (ص ٢٠٢) .
(٦) الروضة (٤/٣٦٨) .
(٧) فتح العزيز (٥/٢٩٩ ، ٣٠٠) .
(٨) تصحيح التنبيه (٢/٣٠٧) .
(٩) الروضة (٤/٣٦٧) ، وانظر « التحرير » (١/٣٣٤) .

قال : (كان لفلان عليّ ألف قضيته) . . قُبل عند الجمهور[1] ، لكن في « الروضة » وأصلها في (الدعاوىٰ) : لو قال المدعىٰ عليه : كان ملكك أمس . . **فالأصح** ـ وبه قطع ابن الصباغ ـ : أنه يؤاخذ به[2] .

فصل

[شروط المقر به]

٢٤٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨١] : (**يشترطُ في المقرِّ به ألا يكونَ ملكاً للمُقِرِّ ، فلو قال : « داري » ، أو « ثوبي » ، أو « ديني الذي علىٰ زيدٍ لعمرٍو » . . فهو لغوٌ**) أي : فلو عبر بقوله : (سكني) ، أو (ملبوسي) ، أو قال : (الدين الذي علىٰ زيد لعمرو واُسْمِي في الكتاب عارية) . . صح ، وقد ذكروا أنه يصح الإقرار بالدين بالصيغة التي ذكرتها إلا ثلاثة ديون لا يصح الإقرار بها عقب ثبوتها :

أحدها : إذا قالت المرأة : الصداق الذي في ذمة زوجي لزيد .

الثانية : إذا قال الزوج المخالع : العوض الذي في ذمة زوجتي لزيد .

الثالثة : إذا قال المجني عليه : أرش هـٰذه الجناية لزيد .

وقد حكى الرافعي استثناء هـٰذه الصور عن صاحب « التلخيص » ثم قال : قال الأئمة : هـٰذه الديون وإن لم يتصور فيها الثبوت للغير ابتداءً وتقديراً للوكالة . . فيجوز انتقالها بالحوالة ، وكذا بالبيع علىٰ قولٍ ، فيصح الإقرار بها عند احتمال ناقل ، وحملوا ما ذكره صاحب « التلخيص » علىٰ ما إذا أقر بها عقب ثبوتها بحيث لا يحتمل جريان ناقل ، لكن سائر الديون أيضاً كذلك ، فلا يصح الاستثناء . انتهىٰ[3] .

وهو معترض ؛ فإنه يحتمل في بقية الديون أن يكون من وقعت معه المعاملة في الظاهر وكيلاً . . فلا يكون الدين له في الباطن ، فيصح أن يقر به عقب المعاملة من غير احتمال جريان ناقل ، بخلاف مسائل صاحب « التلخيص » .

قال في « المهمات » : والحصر في الثلاث غير مستقيم ؛ فإن المتعة والحكومة والمهر الواجب عن وطء شبهة ، وأجرة بدن الحر كذلك . انتهىٰ[4] .

---

(١) الروضة (٤/٣٩٧) .
(٢) الروضة (١٢/٦٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٢٩١ ، ٢٩٢) ، و« التلخيص » (ص ٣٨٦) .
(٤) قال في « مغني المحتاج » (٢/٢٤١) : (أجيب : بأنها راجعة إلى الثلاث ؛ فالحكومة ترجع إلى الأرش ، والمتعة والمهر الواجب عن وطء شبهة يرجع إلى الصداق) .

قلت : قد يكون الحر أجر بدنه قبل ذلك ، ثم وكله المستأجر في إجارة نفسه عنه بطريق الوكالة ، والله أعلم .

٢٤٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٧] : (**وإن قال : « له في مالي ألف درهم ». . لزمه ، وإن قال : « من مالي ». . فهو هبة على المنصوص ، وقيل : هـٰذا غلط في النقل ، ولا فرق بين أن يقول : « في مالي » ، وبين أن يقول : « من مالي » في أن الجميع هبة**) هـٰذا الثاني هو الأصح .

٢٤٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨١] : (**ولو أقر بحرية عبد في يد غيره ثم اشتراهُ. . حُكِمَ بحريتِهِ ، ثم إن كان قال : « هو حُرُّ الأصل ». . فشراؤهُ افتداءٌ ، وإن قال : « أعتَقَهُ ». . فافتداءٌ من جهته وبيعٌ من جهةِ البائعِ على المذهبِ**) ظاهر عبارته أنه فيما إذا قال : (حر الأصل). . يكون افتداء من الجانبين ، وليس كذلك ، والذي في « المحرر » : (من جهة المشتري)[1] ، وصرح في « المطلب » بأن في البائع الخلاف الآتي في الصورة الأخرىٰ ، وحينئذ. . فيقال : لم فصل بين الصورتين ؟ وهلاّ جمع بينهما مع اتحاد حكمهما ؟

وجوابه : أنه في الصورة الأولىٰ متفق عليه ، وفي الصورة الثانية مختلف فيه ؛ فقوله : (**على المذهب**) يرجع إلى البائع والمشتري ؛ ففي كل منهما الخلاف ، لكن التصحيح مختلف ، كذا شرحه السبكي عليه ، وهو واضح .

وقال شيخنا الإسنوي : إن قوله : (**على المذهب**) يعود إلى البائع فقط ، فيبقى السؤال بحاله ، ولو قال : (فافتداء من جهته على الصحيح). . لكان أحسن .

وقال شيخنا ابن النقيب : الأول أقرب إلىٰ ظاهر العبارة ، والثاني أقرب إلىٰ ما في نفس الأمر . انتهىٰ[2] .

ولو قال : (بحرية شخص). . لكان أولىٰ ، إلا أن يريد بالعبد : المدلول العام ، لا الخاص الذي هو الرق .

٢٤٩٠ـ قوله : (**ويصح الإقرار بالمجهول**)[3] كذا في « المحرر »[4] ، وفي « الروضة » وأصلها : (بالمجمل)[5] ، قال شيخنا الإسنوي : وهو أحسن ؛ فإن الإقرار بأحد العبدين صحيح ، ودخوله في المجمل أظهر من دخوله في المجهول .

---

(١) المحرر (ص ٢٠٢) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٦٦ ، ٦٧) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٨١) .
(٤) المحرر (ص ٢٠٣) .
(٥) فتح العزيز (٥/٣٠١) ، الروضة (٤/٣٧١) .

قلت : لكن الذي في « الروضة » : بالمجمل ، وهو المجهول[1] ، فصرح بترادفهما ، وقال السبكي : المبهم كأحد العبدين في معنى المجهول[2] .

٢٤٩١ـ قولهم فيما إذا قال : (له عليّ شيء) : (**أنه يقبل تفسيره بالقليل**)[3] لم يتعرض الرافعي والنووي وجماعة إلى اليمين في ذلك ، وحاول ابن الرفعة إثبات خلاف فيها .

قال السبكي : **الأصح** وظاهر النص : أنه يحلف أنه ليس له عليه غير ما فسر به[4] .

٢٤٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٥] : (**وإن قال : « له علي شيء » ، ففسره بما لا يتمول ؛ كقشرة فستقة أو جوزة . . لم يقبل**) **الأصح** : القبول ، وعليه مشى « المنهاج » ، لكنه قيده بكونه من جنس ما يتمول ، فقال : (**ولو فسره بما لا يتمول لكنه من جنسه ؛ كحبة حنطةٍ**)[5] ، وعليه يدل قول « الحاوي » [ص ٢٤٠] : (**بحبة**) ، وكذا قيده في « الروضة » وأصلها ، لكنه ذكر من أمثلته : قمع باذنجانة[6] .

٢٤٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٥] : (**وإن فسره بكلب أو سرجين أو جلد ميتة لم يدبغ . . فقد قيل : يقبل ، وقيل : لا يقبل**) **الأصح** : القبول كما في « المنهاج » و« الحاوي »[7] ، ولا بد من تقييد الكلب بحل اقتنائه ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٨١] : (**أو بما يحل اقتناؤه ؛ ككلبٍ معلمٍ**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٤٠] : (**ونجس يقتنىٰ**) وفي معنى المعلم : القابل للتعليم ، ولا بد من تقييد الجلد بكونه قابلاً للدباغ .

تَنْبِيهٌ

[تفسير قوله : (غصبت منه شيئاً)]

لو قال : (غصبت منه شيئاً) . . قبل تفسيره بما لا يُقتنىٰ ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٤٠] : (**ونجسٍ : غصبته**) وكذا لو قال : (له عندي شيء) بخلاف : (عليّ) .

قول « التصحيح » عطفاً على الأصح : (وأنه إذا قال : « له عندي شيء » ، وفسره بحد قذف . . قبل)[8] : لا معنىٰ لهـٰذا الاستدراك والتصحيح في « التنبيه » فإنه قال قبل : (**وقيل** :

---

(١) الروضة (٤/٣٧١) .
(٢) في (د) : (قلت : ولذلك عبر في « الحاوي » بالمبهم ، فهو أعم من تعبير غيره) . الحاوي (ص ٣٤٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٠) ، و« المنهاج » (ص ٢٨١) .
(٤) في (ج) : (وبه صرح الماوردي في « الحاوي ») . الحاوي الكبير (٧/١٠ ، ١١) .
(٥) المنهاج (ص ٢٨١) .
(٦) الروضة (٤/٣٧١) .
(٧) الحاوي (ص ٣٤٠) ، المنهاج (ص ٢٨١) .
(٨) تصحيح التنبيه (٢/٣٠٨) .

لا يقبل)[1] ، وعبارة « الروضة » : (ينبغي تصحيح القبول)[2] .

٢٤٩٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن فسره بخنزير أو ميتة . . لم يقبل**)[3] فيه أمران :

أحدهما : ينبغي قبول التفسير بالخنزير وبالخمرة غير المحترمة إذا كان المقر له ذمياً ؛ فإنه يجب رد ذلك عليه إذا لم يتظاهر به ؛ ويدل له تعليل منع التفسير بغير المحترمة بأنها ليس فيها حق واختصاص . . فلا يلزم ردها ، ذكره الرافعي[4] ، فدل علىٰ أن ما فيه حق واختصاص . . يقبل التفسير به ، بحث ذلك شيخانا الإسنوي وابن النقيب ، وهو واضح[5] .

ثانيهما : لو فسر بميتة لمضطر . . قال القاضي حسين : لا يقبل ، ورجح الإمام خلافه[6] .

٢٤٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨١] : (**ولو أقر بمالٍ أو بمالٍ عظيم أو كبيرٍ أو كثيرٍ . . قُبل تفسيره بما قل منه**) أي : من المال ، قال شيخنا ابن النقيب : ولم يقل هنا : بمتمول ؛ لأن حبة الحنطة مال يصح التفسير بها ، وليست متمولا ؛ فكل متمول مال ولا عكس[7] .

قلت : وعبارة « الحاوي » [ص ٣٤٠] : (**بمتمول**) ، وكذا عبارة « الروضة » : بأقل متمول ، ثم قال : قال الإمام : والوجه القبول بالتمرة الواحدة حيث يكثر ؛ لأنه مال وإن لم يتمول في ذلك الموضع ، هٰكذا ذكره العراقيون ، وقالوا : كل متمول مال ، ولا ينعكس ، وتلتحق حبة الحنطة بالتمرة . انتهىٰ[8] .

ونازع في هٰذا الإلحاق شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : الفرق أن حبة الحنطة لا تسد مسداً في عموم الأشخاص بخلاف التمرة ونحوها . انتهىٰ .

وفي أوائل البيع من « الروضة » وأصلها : أن الحبة والحبتين من الحنطة والزبيب وغيرهما لا يعد مالاً[9] ، وهو مخالف للمذكور هنا .

٢٤٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن قال : « كذا درهمٍ » بالخفض . . لزمه دون الدرهم ، وقيل : يلزمه درهم**) الثاني هو الأصح ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[10] ، مع كون الجر

---

(١) التنبيه (ص ٢٧٥) .

(٢) الروضة (٣٧٢/٤) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٠) ، و« المنهاج » (ص ٢٨١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٣٠٢/٥) .

(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦٨/٤) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (٦٢/٧) .

(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦٨/٤ ، ٦٩) .

(٨) الروضة (٣٧٤/٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (٦٢/٧) .

(٩) الروضة (٣٥٠/٤) .

(١٠) الحاوي (ص ٣٤٤) ، المنهاج (ص ٢٨٢) .

في هٰذه الصورة لحناً عند البصريين ، ولكن لا أثر لذلك ، ويجري الوجهان في قوله : (كذا درهم) بالسكون ، وقد تناوله قول « الحاوي » [ص ٣٤٤] : (**وكذا درهم كيف كان**) .

٢٤٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن قال : كذا وكذا درهماً . . فقد قيل : يلزمه درهمان ، وقيل : فيه قولان ، أحدهما : درهمان ، والثاني : درهم**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : **درهمان** ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، وعبر عنه بـ (المذهب)[١] ، ولا يفهم منه ترجيح طريقة القطع ، ولا القولين ، **واختار** السبكي : أنه لا يلزمه إلا درهم .

٢٤٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٢] : (**ولو قال : « الدراهم التي أقررت بها ناقصة الوزن » فإن كانت دراهم البلد تامة الوزن . . فالصحيح : قبوله إن ذكره متصلاً ، ومنعه إن فصله عن الإقرار**) فيه نظر من وجهين :

أحدهما : في تسويته بين الصورتين في حكاية وجهين في كل منهما ، والخلاف في « الروضة » مع الاتصال طريقان ، **أصحهما** : القطع بالقبول ، **والثانية** : قولان ، ومع الانفصال وجهان[٢] .

والثاني : في تعبيره بالصحيح فيهما ، وعبر في « الروضة » في الوجهين بالأصح[٣] ، وهو دال علىٰ قوة مقابله بمقتضى اصطلاحه .

٢٤٩٩ـ قوله في المسألة : (**وإن كانت ناقصة . . قُبل إن وصله ، وكذا إن فصله في النص**)[٤] يقتضي لزوم تامة في حالة الإطلاق إذا كانت دراهم البلد ناقصة ، وفي « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن قال : « ألف درهم » وهو في بلد أوزانهم ناقصة . . لزمه من دراهم البلد**) ، ومقتضاه : أن هٰذا في حالة الإطلاق ، وكذا في « تعليق » القاضي أبي الطيب و« الشامل » ، لكن في « المهذب » : أن محله : عند دعواه إرادة ذلك مفصولاً عن الإقرار ، فإن أطلق . . لزمه من دراهم الإسلام التامة[٥] ، وكذا ذكره القاضي الحسين والماوردي[٦] .

وصور الرافعي المسألة بتصوير صاحب « المهذب » ، ونقل فيها خلافاً ، **وصحح** : لزوم دراهم البلد ، ولم يتعرض لمسألة الإطلاق هنا ، لكنه بعد ذلك بقليل قال : لو أقر بمئة درهم عدد . . لزمه بوزن الإسلام ، ولا يقبل منه مئة عدداً ناقصة الوزن إلا أن يكون نقد البلد عددية ناقصة ، **فظاهر المذهب** : القبول[٧] .

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٤) ، المنهاج (ص ٢٨٢) .
(٢) الروضة (٤/٣٧٨ ، ٣٧٩) .
(٣) الروضة (٤/٣٧٨) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٨٢) .
(٥) المهذب (٢/٣٤٧) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٤) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٤/٣١٢ ، ٣١٣ ، ٣١٤) .

٢٥٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن فسرها بمغشوش . . قُبل على المذهب ، وقيل : لا يقبل إلا أن يكون متصلاً بالإقرار**) صُوّرت المسألة : بما إذا كان في بلد يتعاملون فيه بالمغشوش ، فإن كان في بلد لا يتعاملون فيه بالمغشوش . . لم يقبل التفسير به قطعاً ، قاله الماوردي[١] .

ويرد عليه : أنه لو ذكره متصلاً . . قُبل في الأصح وإن لم يتعاملوا به في تلك البلد ، وقد ذكر « المنهاج » ذلك بقوله [ص ٢٨٢] : (**والتفسير بالمغشوشة كهو بالناقصة**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٤١] : (**بالناقص والمغشوش إن وصل ، أو يُتَعارف**) .

٢٥٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن قال : « له علي من درهم إلىٰ عشرة » . . فقد قيل : يلزمه ثمانية ، وقيل : تسعة ، وقيل : عشرة**) **الأصح** : لزوم تسعة ، كذا في « المحرر » و« المنهاج »[٢] ، وحكىٰ في « الروضة » تصحيحه عن العراقيين والغزالي ، ونقل عن البغوي تصحيح عشرة[٣] ، وهو نظير ما صححه الرافعي في الضمان[٤] ، وقد تقدم ، والحكم في الإقرار والضمان والإبراء والنذر واليمين والوصية والطلاق ينبغي أن يكون واحداً ؛ ولهـٰذا رجح السبكي هنا : لزوم عشرة .

٢٥٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن قال : « له ما بين الدرهم والعشرة » . . لزمه ثمانية**) يقتضي أنه لا تجري فيه الأوجه في المسألة قبله ، وقد أجرىٰ فيه الرافعي الأوجه المذكورة ، لكنه رجح هنا : لزوم ثمانية ، ثم قال : ولم يفرقوا بين أن يقول : (ما بين واحد إلىٰ عشرة) ، وبين أن يقول : (ما بين واحد وعشرة) ، وربما سووا بينهما ، ويجوز أن يفرق ، ويقطع في الثانية بثمانية ، قال النووي : **وهو الصواب** ، وقد فرق بينهما أبو الطيب ، فقطع في الثانية ، وحكى الخلاف في الأولىٰ . انتهىٰ[٥] .

وكذا فرق بينهما الرافعي في الضمان[٦] ، وقد عرفت أن صاحب « التنبيه » قطع في الثانية بلزوم ثمانية ، وكذلك فعل الماوردي والروياني وغيرهما[٧] .

٢٥٠٣ـ قوله : (**وإن قال : « له عليّ درهم في عشرة » . . لزمه درهم ، إلا أن يريد الحساب . .**

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٥٣) .
(٢) المحرر (ص ٢٠٤) ، المنهاج (ص ٢٨٢) .
(٣) الروضة (٤/ ٣٨٠) ، وانظر « التهذيب » (٤/ ٢٣٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٥٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣١٥) ، و« الروضة » (٤/ ٣٨١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/ ١٥٨) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٥٨) ، و« بحر المذهب » (٨/ ٢٨١) .

فيلزمه عشرة)[1] يستثنىٰ منه أيضاً : ما إذا أراد : المعية . . فيلزمه أحد عشر كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وهو قياس ما ذكره « التنبيه » قبل ذلك في درهم مع دينار ، واستدركه النووي في « تصحيحه » بلفظ : (الصواب)[3] ، وكذا في « الروضة » وأصلها بالجزم[4] .

واستشكله شيخنا الإسنوي : بأنه لو قال : (درهم مع درهم) . . لزمه درهم جزماً ؛ لاحتمال : (مع درهم لي) ، فمع نية مع أولىٰ ، وبتقدير تسليم وجوب أحد عشر . . فينبغي أن يلزمه درهم ، ويُرجع في تفسير العشرة إليه ، قال : فليحمل ذلك علىٰ ما لو قال : (مع عشرة دراهم له) ، ولا إشكال حينئذ . انتهىٰ[5] .

والاستشكال الثاني للسبكي ، وهو قوي لا بد منه ، وأجاب شيخنا الإمام البلقيني عن الاستشكال الأول : بأن المراد بذلك : حيث لم يرد الظرف ، وإلا . . اتحد القسمان ، وحينئذ . . فيلزم أحد عشر بخلاف : (مع درهم) فإنه يحتمل : (مع درهم لي) ، وهو معنى الظرف . انتهىٰ .

وما ذكره « التنبيه » و« المنهاج » فيما إذا أراد الحساب محله : ما إذا عرفه ، فإن لم يعرفه . . ففي « الكفاية » : يشبه لزوم درهم فقط وإن قال : أردت ما يريده الحساب ، وهو قياس ما سيأتي تصحيحه في الطلاق . انتهىٰ .

وجزم به « الحاوي » هنا ، وكأنه أخذه من قياس الطلاق ؛ فإن الرافعي لم يذكره هنا ، وهو تابع له ، والله أعلم .

فصل

[في ذكر أنواع من الإقرار]

٢٥٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٧] : (**وإن قال : « له عندي عبد عليه عمامة » . . لزمه العبد والعمامة**) **الصحيح** كما في « المنهاج » : أنه لا تلزمه العمامة[6] ، وهو داخل في عموم قول « الحاوي » عطفاً على المنفي [ص ٣٤٣] : (**وما جعل ظرفه ومظروفه**) .

٢٥٠٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٤٣] : (**والحمل بالجارية**) أي : لا يدخل حمل الجارية في

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٥) .
(٢) الحاوي (ص ٣٤٤) ، المنهاج (ص ٢٨٢) .
(٣) تصحيح التنبيه (٢/٣١٠) .
(٤) الروضة (٤/٣٨١) .
(٥) انظر « مغني المحتاج » (٢/٢٥١) ، و« حاشية الرملي » (٢/٣٠٥) .
(٦) المنهاج (ص ٢٨٣) .

الإقرار بها ، ولو قال : (ولا يدخل الحمل في الإقرار) ، وحذف (الجارية) . . لكان أعم ؛ ليتناول سائر الحيوان .

٢٥٠٦ـ قوله : (**خلاف فصِّ الخاتم**)[١] أي : فإنه يلزم الفص في قوله : (له عندي خاتم فيه فص) ، لكن في « الروضة » وأصلها عن البغوي : تصحيح أنه لا يلزم الفص ، وأقراه[٢] ، واختاره المصنف في « شرح اللباب » .

قلت : ونص عليه الشافعي في (باب الإقرار بغصب شيءٍ في شيءٍ)[٣] ، وحمل بعضهم كلام « الحاوي » علىٰ ما إذا قال : (عندي خاتم) ، ثم قال بعد ذلك : ما أردت الفص . . فإنه لا يقبل منه **على المذهب** ، بل يلزمه الخاتم بفصه ؛ لأن الخاتم تناولهما ، فلا يقبل رجوعه عن بعض ما تناوله الإقرار .

٢٥٠٧ـ قوله : (**و « في الكيس » ، أو « الذي في الكيس » ولم يكن . . لزم**)[٤] ما ذكره من اللزوم في الصورة الثانية ، وهي ما إذا قال : (علي الألف الذي في الكيس) ولم يكن فيه شيء . . أحد وجهين أو قولين في الرافعي بلا ترجيح[٥] ، وقال في « الروضة » : ينبغي أن يكون **الراجح** : أنه لا يلزمه ؛ لأنه لم يعترف بشيء في ذمته[٦] .

٢٥٠٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو قال : « في ميراث أبي ألفٌ » . . فهو إقرار علىٰ أبيه بدينٍ**)[٧] استشكل في « المطلب » فإنه يجوز أن يكون ذلك بوصية وبرهن علىٰ دين الغير ؛ كقوله : (له في هـٰذا العبد ألف) ، ثم أجاب بما لا يقوىٰ قوة السؤال ؛ فإنه قوي[٨] .

٢٥٠٩ـ قولهم : (**ولو قال : « في ميراثي من أبي » . . فهو وعدُ هبةٍ**)[٩] محله : ما إذا لم يرد الإقرار ، فإن أراده . . لزمه ، وصورة المسألة والتي قبلها : إذا لم يأت بصيغة التزام ؛ كـ (عليَّ) ونحوها ، فإن أتىٰ بها . . فهو إقرار بكل حال ، وتعبير « المنهاج » بوعد هبة أحسن من تعبير « التنبيه » بالهبة[١٠] .

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٣٤٣) .
(٢) فتح العزيز (٥/٣١٦) ، الروضة (٤/٣٨٢) ، وانظر « التهذيب » (٤/٢٥٤) .
(٣) الأم (٣/٢٤٠)
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٣٤٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٣١٨) .
(٦) الروضة (٤/٣٨٣) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٧) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٣) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٧٥) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٧) ، و« الحاوي » (٣٤٣) ، و« المنهاج » (٢٨٣) .
(١٠) التنبيه (ص ٢٧٧) ، المنهاج (ص ٢٨٣) .

٢٥١٠ـ قول « التنبيه » فيما لو قال له : (في هـٰذا العبد ألف درهم) [ص ٢٧٧] : (**وإن فسرها بأنه رهن بألف له عليه.. فقد قيل : يقبل ، وقيل : لا يقبل**) **الأصح** : القبول ، وعليه مشى « الحاوي »[١] .

٢٥١١ـ قوله : (**وإن قال : « له عليّ درهم فدرهم ».. لزمه درهم على المنصوص ، وقيل : قولان**)[٢] الثاني مخرج من الطلاق ؛ فإن **المنصوص فيه** : طلقتان ، **والمذهب** : تقريرهما ؛ لأن الإقرار أضعف من الإنشاء ؛ ولهـٰذا لو كرره في يومين.. اتحد بخلاف الطلاق ، ومحل الخلاف : إذا أطلق أو قصد غير العطف ، فإن قصده.. تعدد قطعاً .

٢٥١٢ـ قول « المنهاج » فيما لو قال : (درهم ودرهم ودرهم) ، وأطلق الثالث ، فلم ينو به تأكيداً ولا استئنافاً : (**أنه يلزمه ثلاثة في الأصح**)[٣] عبر في « الروضة » بـ (المذهب)[٤] ، وهو أولىٰ ؛ فإن الأكثرين قطعوا به ، وقيل : قولان كنظيره من الطلاق ، وفرق على الأول : بأن التأكيد في الطلاق أكثر ؛ فإنه يقصد به التخويف والتهديد ، وعلىٰ هـٰذا لو كرره مئة وأكثر.. لزمه تعدده .

٢٥١٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٥] : (**وإن قال : « له درهم تحت درهم » ، أو « فوق درهم » ، أو « مع درهم » ، أو « قبل درهم » ، أو « بعد درهم ».. فقد قيل : فيه قولان ، أحدهما : درهم ، والثاني : درهمان ، وقيل : إن قال : « فوق درهم » ، أو « تحت درهم » ، أو « مع درهم ».. لزمه درهم ، وإن قال : « قبل درهم » ، أو « بعد درهم ».. لزمه درهمان**) هـٰذا الأخير هو **الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي »[٥] .

٢٥١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٣] : (**ومتىٰ أقر بمبهم ؛ كـ« شيء » و« ثوب » وطولب بالبيان فامتنع.. فالصحيح : أنه يحبس**) عبر في « الروضة » بالأصح[٦] .

٢٥١٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**وإن قال : « له ألف من ثمن خمرٍ أو ألف قضيتها ».. ففيه قولان ، أحدهما : يلزمه ، والثاني : لا يلزمه**) **الأصح** : اللزوم ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٧] ومحل الخلاف : إذا قدَّم الألف كما هو التصوير ، فلو عكس فقال : (من ثمن خمر ألف).. لم يلزمه قطعاً ، كما في « الروضة » وأصلها[٨] ، وفي التيمم من « شرح المهذب »

---

(١) الحاوي (ص ٣٤١) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٥) .
(٣) المنهاج (ص ٢٨٣) .
(٤) الروضة (٤/٣٨٧) .
(٥) الحاوي (ص ٣٤٣ ، ٣٤٤) .
(٦) الروضة (٤/٣٧٢) .
(٧) الحاوي (ص ٣٤٢) ، المنهاج (ص ٢٨٣ ، ٢٨٤) .
(٨) الروضة (٤/٣٩٦) .

عن « المعتمد » للشاشي : طرد القولين مطلقاً[1] .

وقال الإمام في الصورة الأولىٰ : كنت أود لو فصل فاصل بين كون المقر جاهلاً بأن ثمن الخمر لا يلزم. . فيعذر ، أو عالماً . . فلا يعذر[2] .

ويشبه ما ذكره الإمام في المدرك ما استثناه في « التوشيح » ، وهو ما إذا كان المقر يعتقد أن ما عقب به الإقرار لا يرفعه لاجتهاد أو تقليد ؛ كحنفي أقر بأن لزيد عليه درهماً قيمة نبيذ أتلفه عليه ، قال : فلا يلزمه الشافعي بذلك ؛ فإنه لم يقصد رفع حكم الإقرار ، فلا يكون مكذباً لنفسه ، قال : وقد رفع إلىٰ حنفي أقر بأن لزوجته عليه مئة درهم صداقاً زاده علىٰ مبلغ صداقها بعد عقد النكاح بالصداق الأول ، وقيل لي : وَاخِذْهُ بقوله : (لزوجتي عليّ مئة درهم) ، وأسقط قوله : (صداقاً . . . إلىٰ آخره) . . فلم ألزمه ؛ لما ذكرت ، قال : ويؤيده شيئان :

أحدهما : قول الأصحاب ـ تفريعاً على اللزوم في مسألة (ألف من ثمن خمر) ـ . . لو قال المقر : (كان من ثمن خمر وظننته يلزمني) . . أن له تحليف المقر له علىٰ نفيه ، قال : وإنما تسلط علىٰ تحليفه ؛ رجاء أن يرد اليمين ، فيحلف المقر ، ولا يلزم .

والثاني : تعليلهم الطريقة القاطعة باللزوم في : (عليّ ألف قضيته) بعدم الانتظام ، قالوا : بخلاف قوله : (من ثمن خمر) فإنه ربما يظن لزومه .

٢٥١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٤] : (**ولو قال : « من ثمن عبدٍ لم أقبضه إذا سلمه سلمت » . . قُبل على المذهب وجعل ثمناً**) فيه أمور :

أحدها : قد يتبادر إلى الفهم منه أن قوله : (**لم أقبضه**) لا بد من اتصاله بالإقرار ، وليس كذلك ، فسواء ذكره متصلاً أو منفصلاً بعد أن يصل بالإقرار أنه من ثمن عبد ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٧٦] : (**لم يلزمه حتىٰ يقر بقبض المبيع**) ولذلك لم يقيده « الحاوي » بالاتصال[3] .

ثانيها : قوله : (**إذا سلم . . سلمت**) ذكره في « الروضة » أيضاً[4] ، وهو حشو .

ثالثها : قوله : (**وجعل ثمناً**) كذا في « المحرر »[5] ، وليس في « الروضة » ، وهو حشو أيضاً ؛ فذلك معلوم من قوله : (**قُبل**) ولذلك لم يذكره ولا الذي قبله « التنبيه » و« الحاوي » .

٢٥١٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٤٢] : (**وعليَّ بالمؤجل إن اتصل**) محله : فيما يقبل التعجيل والتأجيل كالثمن ، بخلاف القرض ؛ فإنه لا يقبل التأجيل .

---

(١) المجموع (٢/ ٢٨٧) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٩٣) .
(٣) الحاوي (ص ٣٤٢) .
(٤) الروضة (٤/ ٣٩٦) .
(٥) المحرر (ص ٢٠٥) .

٢٥١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٤] : (**ولو قال : « ألف إن شاء الله » . . لم يلزمه شيء على المذهب**) فيه أمران :

أحدهما : أن ذلك لا يختص بالتعليق علىٰ مشيئة الله ، فلو علق الإقرار علىٰ مشيئة زيد . . لم يلزمه أيضاً شيء على المذهب ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٧٥] : (**وإن قال : « له عليّ ذلك إن شاء الله » أو « إن شئت » . . لم يلزمه**) ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٣٤٣] : (**والمعلق**) .

ثانيهما : سيأتي في الطلاق اشتراط قصد التعليق وإلحاق (إن لم يشأ الله) بذلك ، وكذا (إلا أن يشاء الله) **في الأصح** ، فيظهر مجيء ذلك هنا .

٢٥١٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٥] : (**وإن قال : « له عليّ ألف إذا جاء رأس الشهر » . . فقد قيل : يلزمه ، وقيل : لا يلزمه**) **الأصح** : عدم اللزوم ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله عطفاً على المنفي [ص ٣٤٣] : (**والمعلق وإن أخّر**) ومحله : إذا أطلق ، أو قصد التعليق ، فإن قال : قصدت التأجيل برأس الشهر . . قُبل ، وسوّىٰ في « الروضة » وأصلها بين هـٰذه الصورة وبين ما إذا قال : إذا قدم زيد[1] .

وقال في « المهمات » في هـٰذه الصورة : **الصواب** : اللزوم ، والشرط يؤثر في إيجاب المال بالنذر .

٢٥٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٤] : (**فإذا قبلنا التفسير بالوديعة . . فالأصح : أنها أمانةٌ ، فيُقْبل دعواه التلف بعد الإقرار ، ودعوى الرد**) ، وكذا قال « التنبيه » [ص ٢٧٧] : (**وإن ادعىٰ أنها هلكت بعد الإقرار . . قُبِل منه**) و« الحاوي » [ص ٣٤٢] بقوله : (**وتلفِهِ وردِّهِ بعده**) ، وفي « الوجيز » الجزم بمقابله[2] ، قال الرافعي : أراد به : ما نقله الإمام عن الأصحاب : أن الألف مضمون ، ولا يصدق في تلفه ولا رده ، قال الرافعي : وهو مشكل توجيهاً ونقلاً ، أما التوجيه : فلأنّ (عليّ) يجوز أن يراد بها : وجوب الحفظ ، وأما النقل : فقضية إيراد غيرهما أنه إن ادعى التلف بعد الإقرار . . صُدق ، وصرح به ابن الصباغ . انتهىٰ[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي قاله الإمام واضح دليلاً ونقلاً ، أما الدليل : فلأن الجواز المذكور ليس على السواء ، بل لفظة : (عليّ) ظاهرة في متعلق بالذمة من دين أو عين ، وظاهر عبارة الأصحاب حيث يقولون : إن (عليّ) للدين تدل لهـٰذا ، ونص عليه الشافعي في « الأم » في (باب الإقرار بالحقوق والمواهب) ، فقال : وإذا قال : (له عليّ ألف درهم وديعة) . . فهي

---

(١) الروضة (٣٩٧/٤) .

(٢) الوجيز (٣٧٢/١) .

(٣) فتح العزيز (٣٣٧/٥ ، ٣٣٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧٥/٧) .

وديعة ، وإن قال : (له عليَّ ألف) ثم سكت ، ثم قال بعدُ : (هي وديعة) ، أو قال : (هلكت) . . لم يقبل ذلك منه ؛ لأنه قد ضمن ألف درهم بإقراره ثم ادعىٰ ما يخرجه من الضمان ، فلا يُصَدَّق عليه ، وإنما صدقناه أولاً ؛ لأنه وصل الكلام . انتهىٰ[1] .

قال شيخنا : وممن صرح بما قاله الإمام الماوردي والبغوي[2] .

قلت : يمكن أن يقال : إن هـٰذا النص تفريع علىٰ أحد القولين : أنه لا يقبل منه دعوى الوديعة إلا متصلاً ؛ ولذلك قرن كونه لا يقبل منه دعوى التلف بكونه لا يقبل منه قوله منفصلاً : إنها وديعة ، والكلام مع قبول التفسير بالوديعة مع الانفصال ، والله أعلم .

٢٥٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٤] : (**ولو أَقَرَّ ببيعٍ أو هبةٍ وإقباضٍ ثم قال : « كان فاسداً وأقررت لظني الصحة » . . لم يقبل ، وله تحليف المُقَرِّ له ، فإن نَكَلَ . . حَلَفَ المُقِرُّ وبَرِىءَ**) فيه أمور :

أحدها : أنه جزم بعدم القبول ، وقال السبكي : ومن يقول بتصديق مدعي الفساد ، ويسلم أن الاسم يشمل الصحيح والفاسد . . لا يبعد هنا أن يصدق المقر وإن تراخىٰ .

وقال شيخنا الإسنوي : يحتمل أن يقال به ، ويحتمل ألاَّ ، ويفرق : بأن القبول هنا يؤدي إلىٰ خلاف الظاهر مرتين ، وهما الإقرار والبيع السابق عليه . انتهىٰ .

ولعل هـٰذا الثاني أرجح ؛ لأنه أكد كون الأصل في العقود الجارية بين المسلمين الصحة بإقراره بذلك ، والله أعلم .

ثانيها : في تعبيره بالبراءة نظر ؛ فإن البراءة إنما تكون من الديون ، والنزاع إنما هو في عين ؛ فإنها هي التي يرد عليها البيع والهبة ؛ ولذلك عبر في « المحرر » و« الروضة » وأصلها بقولهم : (وحُكم ببطلان البيع والهبة)[3] ، وهـٰذا التعبير هو الصواب .

ثالثها : يفهم من قوله : (ثم) أنه قال ذلك متراخياً ، فخرج به ما إذا قاله متصلاً بكلامه ، فمقتضاه : القبول ، وفيه نظر ، وقال السبكي : **الوجه** : تخريجه علىٰ قولي تعقيب الإقرار بما يرفعه . انتهىٰ .

فيكون **الأصح** فيه : عدم القبول أيضاً .

٢٥٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٧] : (**وإن قال : « هـٰذه الدار لزيد لا بل لعمرو » ، أو « غصبتها من زيد لا بل من عمرو » . . لزمه الإقرار للأول ، وهل يغرم للثاني ؟ فيه قولان**) **الأصح** : أنه

---

(١) الأم (٦/٢٢٢) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٤٥) ، و« التهذيب » (٤/٢٥٢) .

(٣) المحرر (ص ٢٠٥) ، فتح العزيز (٥/٣٣٩) ، الروضة (٤/٤٠١) .

يغرم ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[1] .

٢٥٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٧] : (**وإن باع شيئاً وأخذ الثمن ، ثم أقر بأن المبيع لغيره . . فقد قيل : يلزمه الغرم قولاً واحداً** ، **وقيل** : **علىٰ قولين**) **الأصح** : الأول ، لكن نص في « الأم » في (باب الإقرار بالحكم الظاهر) على القولين[2] ، وهو ينافي ترجيح القطع ، ودخل تحت إقراره بأن المبيع لغيره صور :

منها : أن يقول : (كنت بعته له) .

ومنها : أن يقول : (غصبته منه) ، وقد ذكر في « الروضة » وأصلها الصورتين[3] ، وبحث شيخنا الإمام البلقيني في قوله : (بعته له) ، وقال : إن قال : (ولم يقبضه) . . فهو إتلاف بائع قبل القبض ، وهو كالآفة السماوية **على الأصح** ، فينفسخ البيع ، ويردِ إلى المقر له الثمن إن كان قبضه ، وإن قال : (قبضه وغصبته منه) . . فهي المسألة الثانية التي عطفها عليها ، وإن أطلق ، ولم يطلع علىٰ مراده . . فلا غرم ؛ لجواز أن يكون قبل القبض ، والأصل براءة الذمة من القيمة .

نعم ؛ للبائع[4] أن يدعي بالثمن إن كان أقبضه ، ويحلّف منكر قبضه إن كان المقر أو الوارث . انتهىٰ كلام شيخنا .

وتناول إطلاقه ما لو قال ذلك في خياره ، وهو فسخ ، كما نبه عليه في « الروضة » في آخر الباب[5] .

٢٥٢٤ـ قوله : (**وإن قال** : « **هٰذه الدار ملكها لزيد ، وغصبتها من عمرو** » . . **فقد قيل** : **هي كالتي قبلها**)[6] أي : وهي ما لو قدّم ذكر الغصب ؛ أي : في لزوم تسليمها إلى المغصوب منه ، ولا يلزمه للآخر شيء ، (**وقيل** : **تسلم إلى الأول** ، **وهل يغرم للثاني ؟ علىٰ قولين**)[7] ، **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي »[8] .

٢٥٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٤] : (**ويصح الاستثناء إن اتصل ولم يستغرق**) زاد « الحاوي » : أن يقصده من الأول ، فقال [ص ٣٤١] : (**واستثناء متصل** ، **قصده أولاً** ،

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٤) ، المنهاج (ص ٢٨٤) .
(٢) الأم (٣/٢٤٣) .
(٣) الروضة (٤/٤٠٢) .
(٤) كذا في النسخ ، ولعل صوابها : (للمشتري) ، انظر « حواشي الرملي على الأسنىٰ » (٢/٣١٤) .
(٥) الروضة (٤/٤١٣) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٨) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٨) .
(٨) الحاوي (ص ٣٤٤) .

لا يستغرق) ، وتبع في ذلك الرافعي ؛ فإنه صححه في (الطلاق)[1] ، وقال النووي هناك : **الأصح** : الصحة بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين وإن لم يقارن أولها . انتهى[2] .

ولا يضر سكوت يسير لتنفس أو عيّ أو تذكر أو انقطاع صوت ، نص عليه في « الأم »[3] ، وقد يفهم من الاتصال خلافه ، وقال في « الروضة » : هٰكذا قال أصحابنا : إن تخلل الكلام الأجنبي . . يبطل الاستثناء ، وقال صاحبا « العدة » و« البيان » : إذا قال : (عليّ ألف ـ أستغفر الله ـ إلا مئة) . . صح الاستثناء عندنا ، قال : وهٰذا الذي نقلاه فيه نظر . انتهى[4] .

وليس فيه تصريح بموافقتهما ولا مخالفتهما ، والأمر كما أطلقه الأصحاب ؛ ففي « الروضة » وأصلها التصريح به في (الطلاق) ، وترجيح أن الفصل اليسير يقدح[5] .

وبقي لصحة الاستثناء شرط آخر عند بعضهم ، وهو : ألاَّ يتقدم المستثنىٰ على المستثنىٰ منه ؛ ففي « الروضة » في (الطلاق) : لو قال : (أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً) . . حكىٰ صاحب « المهذب » عن بعض الأصحاب : أنه لا يصح الاستثناء ، وتقع الثلاث ، قال ـ يعني : صاحب « المهذب » ـ : وعندي أنه يصح ، فيقع طلقتان[6] ، وفيها في أوائل (كتاب الأيمان) : لو قال : (لفلان عليّ إلا عشرة دراهم مئة درهم) . . صح الاستثناء ، وفيه وجه ضعيف[7] .

٢٥٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٤] : **(ويصح من غير الجنس ؛ كـ « ألف إلا ثوباً » ، ويبين بثوبٍ قيمته دون ألفٍ)** كان ينبغي أن يقول : (بألف درهم) ليتعين كون الثوب من غير جنس الألف ، فقد يكون المقر به ألف ثوب . . فيكون المستثنىٰ من جنسه ، وكذا في « التنبيه » و« الروضة » وأصلها : ألف درهم[8] ، وفي « الحاوي » [ص ٣٤١ ، ٣٤٢] : **(وغير جنس لا يفسر بمستغرق)** ، ولم يذكر المثال ، وقال شيخنا الإسنوي : إن تعبيره بالألف إشارة إلى المعهود قبله في التمثيل ، وهو الدراهم ، فلو عبر بـ ألفٍ منكَّر . . طولب بتفسيرها ، كما قاله الرافعي ، فإن فسرها بالثياب . . كان من الجنس ، وإلا . . فلا . انتهى[9] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/٢٦) .
(٢) انظر « الروضة » (٨/٩١) .
(٣) الأم (٧/٦٢) .
(٤) الروضة (٤/٤٠٤) ، وانظر « البيان » (١٣/٤٥٦) .
(٥) الروضة (٨/٩١) .
(٦) الروضة (٨/٩٥) ، وانظر « المهذب » (٢/٨٦) .
(٧) الروضة (١١/٥) .
(٨) التنبيه (ص ٢٧٦) ، فتح العزيز (٥/٣٤٥) ، الروضة (٤/٤٠٧) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٤٦) .

وهو يقتضي أن عبارة « المنهاج » بالتعريف ، والذي وقفنا عليه فيه وفي « المحرر » بالتنكير[1] ، وجعل الغزالي هٰذا الاستثناء من الجنس ، وقدّره بـ (إلا قيمة ثوب)[2] .

٢٥٢٧ـ قولهما فيما لو قال : (له هٰؤلاء العبيد إلا واحداً) ، وماتوا إلا واحداً ، وزعم أنه المستثنىٰ : (صدق بيمينه على الصحيح)[3] يستثنىٰ من محل الخلاف : ما لو قال : (قتلوا إلا واحداً) . . فإنه يصدق قطعاً ؛ لبقاء أثر الإقرار ، وهو الضمان ، وكذا لو كان قال : (غصبتهم إلا واحداً) ، فماتوا إلا واحداً[4] .

٢٥٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٧] : (**وإن ادعىٰ رجلان ملكاً في يد رجل بينهما نصفين ، فأقر لأحدهما بنصفه وجحد الآخر ؛ فإن كانا قد عزيا إلىٰ جهة واحدة من إرث أو ابتياع ، وذكرا أنهما لم يقبضا . . وجب على المقر له أن يدفع نصف ما أخذ إلىٰ شريكه**) محله في الابتياع : فيما إذا قالا : اشتريناه معاً ، فإن لم يقولا ذلك . . فلا مشاركة كما هو مذكور في « الروضة » وأصلها في (الصلح)[5] ، وفي « الكفاية » هنا : والإرث مثله .

فصل
[في الإقرار بالنسب]

٢٥٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٥] : (**أقر بنسب**) لم يبين المقر الذي يعتبر إقراره ، وهو المكلف الذكر كما ذكره « الحاوي »[6] ، وقول « التنبيه » [ص ٢٧٨] : (**ومن أقر بنسب**) صيغة عموم تتناول كل أحد ، لكن قد يقال : اعتبار التكليف واضح ؛ لأن غير المكلف لا عبارة له ، وقد علم من قوله أول الباب : (**ومن حجر عليه لصغر أو جنون . . لا يصح إقراره**)[7] ، وأجاب في « الكفاية » عن المرأة : بخروجها بذكر النسب ، وفيه نظر ، وينافيه قول « التنبيه » في تحمل الشهادة [ص ٢٧١] : (**وإن كان نسباً أو موتاً أو ملكاً . . جاز أن يتحمل بالاستفاضة**) فإنه يتناول نسب الأم ، فدل علىٰ إطلاق النسب عليه ، ولم يصرح « التنبيه » باشتراط الإمكان بألاَّ يكذبه الحس ولا الشرع ، واشتراطه واضح ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[8] ، وهو مفهوم من اشتراط

---

(١) المحرر (ص ٢٠٦) .
(٢) انظر « الوجيز » (١/ ٣٧٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٥) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٨٤) .
(٥) الروضة (٤/ ٢٢٤) .
(٦) الحاوي (ص ٣٤٥) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٤) .
(٨) الحاوي (ص ٣٤٥) ، المنهاج (ص ٢٨٥) .

« التنبيه » كونه مجهول النسب ؛ فإن معروف النسب من غيره هو الذي يكذبه فيه الشرع ، واعتبار عدم تكذيب الحس من طريق الأولىٰ .

٢٥٣٠ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن أقر بنسب كبير . . لم يثبت نسبه حتىٰ يصدقه**)[١] كذا في « الروضة » و« شرحي الرافعي » هنا[٢] ، ولم يعتبر « الحاوي » تبعاً للغزالي التصديق ، بل عدم التكذيب حتىٰ يلحقه إذا سكت ، فقال : (**إن لم ينكر**)[٣] ، وبه أجاب الرافعي أيضاً في (الشهادات)[٤] ، لكن ذهب صاحب « الحاوي » في « شرح اللباب » إلى الأول ، واستخرج ابن الرفعة من كلام العراقيين ما يقتضي أن في ذلك وجهين ، وتناولت عبارتهم ما إذا كان عبد الغير أو معتقه ، **وهو الأصح** في (باب اللقيط) ، لكن في « الروضة » وأصلها هنا : وجهان بلا ترجيح[٥] .

٢٥٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٥] : (**فإن كان بالغاً فكذبه . . لم يثبت إلا ببينةٍ**) أي : عاقلاً ، وأهمله ؛ لوضوحه ، وكان ينبغي أن يضم إلى التكذيب : السكوت ، أو يقتصر علىٰ مسألة السكوت ، فتفهم مسألة التكذيب من طريق الأولىٰ ، بخلاف العكس .

وأطلق « التنبيه » و« المنهاج » صحة استلحاق الصغير[٦] ، وهو مفهوم من كلام « الحاوي »[٧] ، وأهملوا له شرطاً ، وهو : ألاَّ يكون عبد الغير ولا معتقه .

وبقي لصحة الاستلحاق مطلقاً شرط لم يتعرض له الثلاثة ، وهو : ألاَّ يكون الولد منفياً باللعان عن فراش نكاح صحيح ، فإن كان كذلك . . لم يصح لأحد غير النافي أن يستلحقه ، ولو كان عن نكاح فاسد أو وطء شبهة . . لحق باستلحاق غير النافي ، كذا في « الروضة » وأصلها في أواخر (اللعان) عن « التتمة » من غير مخالفة[٨] .

٢٥٣٢ـ قول « التنبيه » فيما إذا أقر بنسب كبير [ص ٢٧٨] : (**وإن كان ميتاً . . لم يثبت نسبه**) **الأصح** : ثبوته كما في « المنهاج » و« الحاوي »[٩] ، وقول « المنهاج » [ص ٢٨٥] : (**ويرثه**) أي : يرث الميت المستلحق صغيراً كان وكبيراً ، وليست هـٰذه في « المحرر » .

٢٥٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٨] : (**وإن أقر من عليه ولاء بنسب ابن . . فقد قيل : يقبل** ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٨) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٥) .
(٢) فتح العزيز (٥/ ٣٥٣) ، الروضة (٤/ ٤١٤) .
(٣) الحاوي (ص ٣٤٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٧٠) .
(٥) الروضة (٤/ ٤١٥) .
(٦) التنبيه (ص ٢٧٨) ، المنهاج (ص ٢٨٥) .
(٧) الحاوي (ص ٣٤٥) .
(٨) الروضة (٨/ ٣٦٤) .
(٩) الحاوي (ص ٣٤٥) ، المنهاج (ص ٢٨٥) .

وقيل : **لا يقبل) الأصح** : القبول ، وهو ظاهر إطلاق « المنهاج » و« الحاوي »[١] .

٢٥٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٥] : (**ولو استلحق اثنان بالغاً . . ثبت لمن صدَّقه**) ليس فيه بيان الحكم إذا لم يصدق واحداً منهما ، وهو العرض على القافة .

٢٥٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٨] : (**وإن كان لرجل أمة ، فأقر بولد منها ، ولم يبين بأي سبب وطئها . . صارت الأمة أم ولد له ، وقيل : لا تصير) الأظهر** : الثاني كما في « المنهاج »[٢] ، وعبر عنه في « المحرر » بـ (الأقيس)[٣] ، وفي « الشرح الصغير » بـ (الأقوىٰ) ، وفي « الروضة » وأصلها بـ (الأقرب إلى القياس والأشبه بقاعدة الإقرار ، وهي : البناء على اليقين ؛ لاحتمال أنه أولدها بنكاح ثم ملكها)[٤] ، ويوافقه قول « الحاوي » في بعض فروع المسألة [ص ٣٤٥] : (**بالعلوق في ملكه**) ، ومقابله هو **المنصوص** ، **وصححه** الشيخ أبو حامد وجماعة ، قال الرافعي : ولقوة الخلاف أعرض الأكثرون عن الترجيح[٥] ، وعبارة « المنهاج » [ص ٢٨٥] : (**ولو قال لولد أمته : « هـٰذا ولدي »**) ، ولا بد في تتميم التصوير من أن يقول : (منها) كما في « التنبيه » ، وكذا قال في « الروضة » : (من هـٰذه الجارية)[٦] .

٢٥٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٥] : (**وكذا لو قال : « ولدي ولدته في ملكي »**) أي : يثبت النسب ، وفي الاستيلاد القولان ، وقيل : يثبت قطعاً ، ولم يذكر هـٰذه المسألة في « الروضة » مع كونها في أصلها .

٢٥٣٧ـ قوله : (**فإن قال : « علقت به في ملكي » . . ثبت الاستيلاد**)[٧] ، قال الرافعي : وانقطع الاحتمال[٨] ، قال شيخنا الإسنوي : وهو ممنوع ؛ لجواز أن يكون رهنها ثم أولدها وهو معسر ، فبيعت في الدين ثم اشتراها ، وقلنا : لا يثبت حكم الاستيلاد .

٢٥٣٨ـ قول « الحاوي » فيما إذا أقر بالنسب لأحد ولدي أمتيه ، وبالعلوق في ملكه [ص ٣٤٥] : (**إنه يثبت الاستيلاد لأم من عيّن المقر نسبه من الولدين ، أو وارثه ، ثم القائف ، ثم يقرع لمجرد العتق**) أي : لا لنسب الولد وارثه .

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٥) ، المنهاج (ص ٢٨٥) .
(٢) المنهاج (ص ٢٨٥) .
(٣) المحرر (ص ٢٠٦) .
(٤) فتح العزيز (٥/٣٥٥) ، الروضة (٤/٤١٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٥٥) .
(٦) الروضة (٤/٤١٦) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٨٥) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٥٥) .

لو عبر بالحرية . . لكان أحسن ؛ لأن الولد الذي خرجت له القرعة يكون حراً أصلياً .

٢٥٣٩ـ قوله : (**ولأحد أولاد أمةٍ عتق المعين ، ومن هو أصغر منه**)[١] يستثنىٰ منه : ما إذا ادعى استبراء بعد المعين . . فإن الأصغر منه لا يعتق ، بل يرق في حياة السيد ، ويعتق بعتق الأم بعد موت السيد إن ثبت لها الاستيلاد ، فإن لم يثبت . . رق أيضاً .

٢٥٤٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وأما إذا ألحق النسب بغيره ؛ كـ« هـٰذا أخي » أو « عمي » . . فيثبت نسبه من الملحق به بالشروط السابقة ، وبشرط كون الملحق به ميتاً**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : أنه يشترط في الملحق به : أن يكون رجلاً ، فإن كان امرأة . . فلا ؛ لأن اعترافها لا يفيد **في الأصح** ، فوارثها أولىٰ ، كذا جزم به ابن الرفعة في « المطلب » ، وحكاه عن ابن اللبان ، قال في « المهمات » : وهو واضح .

قلت : وابن اللبان قال : إنه أظهر قولي الشافعي ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الظاهر** : أنه عنى القول الصائر إلى امتناع قبول إقرارها بالولد ، قال شيخنا : وقد صرح الماوردي بأنه يستلحق الأخ للأم[٣] ، ثم وجه شيخنا صحة إلحاق الوارث بها مع عدم صحة استلحاقها : بأن الإلحاق بها مبني على الوراثة ، فإذا ألحقه جميع ورثتها بها . . صح ، وإلحاقها بنفسها ليس مبناه على الوراثة ، بل علىٰ مجرد الدعوة ، والشافعي لا يثبت لها دعوة ؛ إما لأن الإطلاع على الولادة ممكن ، وإما لأنه يؤدي إلى الإلحاق بصاحب الفراش ، وهـٰذا لا يأتي في إلحاق ورثتها بها . انتهىٰ .

وعبارة « الروضة » وأصلها : كقوله : (هـٰذا أخي ابن أبي وابن أمي)[٤] ، وفيه إشارة إلى الإلحاق بالأم وإن كان كلامه إنما هو في الشقيق ، والله أعلم .

ثانيهما : في معنىٰ كون الملحق به ميتاً : ما إذا كان حياً وصدق ، كذا أورد ، لكن الثبوت في الحقيقة بالمصدق لا بالمقر ، فلو كان بينهما وسائط . . ففي «المهذب» : أنه لا بد من تصديقهم[٥] ، وهو مقتضىٰ كلام الماوردي[٦] ، وفي « البيان » فيما إذا أقر بعمٍّ : الذي **يقتضيه المذهب** : الاكتفاء بالجد ؛ فإنه الأصل الذي يثبت النسب به ، ولو اعترف به وكذبه ابنه . . لم يؤثر تكذيبه[٧] .

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٣٤٥) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٨) ، و« الحاوي » (٣٤٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٥ ، ٢٨٦) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٩٧) .

(٤) فتح العزيز (٥/ ٣٦٠) ، الروضة (٤/ ٤٢٠) .

(٥) المهذب (٢/ ٣٥٢) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ١٠٠) .

(٧) البيان (١٣/ ٤٨٤ ، ٤٨٥) .

ويختص « المنهاج » بأن تعبيره بإلحاق النسب بغيره يتناول الأجنبي ، ولا عبرة بإلحاقه قطعاً ، فالمراد : ما إذا كان يتعدى النسب منه إليه بواسطة ؛ ويدل لذلك تمثيله بقوله : (هـٰذا أخي) أو (عمي) ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » و« الحاوي » لفرضهما الكلام في إقرار الوارث .

٢٥٤١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وبشرط كون المقر وارثاً حائزاً**)[١] قد يتناول الإمام فيمن إرثه لبيت المال ، وفي الرافعي عن العراقيين : أن حكمه في ذلك كحكم الوارث[٢] ، **وصححه** في « أصل الروضة »[٣] .

واعترضه في « المهمات » : بأن الماوردي من أكابر العراقيين ، وقد خالف فيه ، وقال : إنه غير صحيح ؛ لأن الإمام لا يملك حق بيت المال[٤] ، ثم قيد في « المهمات » كلام العراقيين بما إذا كان الميت مسلماً ، فإن كان كافراً . . لم يمكن ذلك فيه ؛ لأن ماله لم ينتقل لبيت المال إرثاً ، بل مصلحة ، فالإمام ليس وارثاً ولا نائباً عنه .

٢٥٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٦] : (**والأصح : أن المستلحق لا يرث ، ولا يشارك المقر في حصته**) كذا في نسخة المصنف ، قال السبكي : وهـٰذا الإطلاق باطل قطعاً ؛ فإن الوارث الحائز إذا أقر بمن لا يحجبه ؛ كالابن يقر بابن آخر . . فإنه يرث معه قطعاً ، وعبارة « المحرر » قريبة من الصواب ، فقال : (وأن يصدر الإقرار من الوارث الحائز ، فلا يثبت النسب بإقرار الأجانب ولا بإقرار الابن الكافر والرقيق ، ولا بإقرار أحد الابنين ، **والأصح** : أنه لا يرث المستلحق)[٥] هـٰذا لفظه ؛ أي : لا يرث في الصورة الأخيرة ، وهي إلحاق أحد الابنين ، وفيه إيهام ، لكن معه ما يرشد إلىٰ تأويله ، ولما حذف « المصنف » ما حذف . . بَعُدَ عن التأويل ، وظاهره باطل قطعاً ، فليحمل علىٰ ما في « المحرر » ، وهو إذا كان **المقر** وارثاً غير حائز .

قلت : ويدل لذلك قوله : (**في حصته**) فهو قرينة ظاهرة علىٰ أن صورة المسألة : إقرار بعض الورثة ؛ إذ لو كان المقر حائزاً . . لم تكن له حصة ، بل جميع الإرث له .

وقال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : كلام « المنهاج » يقتضي أنه مع كون المقر حائزاً أن المستلحق لا يرث ، وهـٰذا لا يعرف ، بل هو خلاف النقل والعقل ، **والظاهر** : أنه سقط هنا شيء إما من أصل التصنيف أو من النساخ ، **وصوابه** : أن يقول : (وإن لم يكن حائزاً . . **فالأصح** . . . إلىٰ آخره) فإن الخلاف إنما هو في إقرار غير الحائز ، وكلام « المحرر » على الصواب ، وذَكَرَهُ ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٧٨) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٦) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٦١) .
(٣) الروضة (٤/٤٢١) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٩٨) .
(٥) المحرر (ص ٢٠٧) .

قال : ووجدت نسخة على الصواب فيها[1] بعد قوله : (**حائزاً**) : (فلو أقر أحد الابنين دون الآخر . . **فالأصح** . . . إلىٰ آخره) ثم وجدت أخرىٰ أجود من تلك[2] ؛ لعمومها ، وهي : (وإن لم يكن حائزاً . . فالأصح . . . إلىٰ آخره) . انتهىٰ[3] .

وعبارة « الروضة » في هـٰذه الصورة : **الصحيح المنصوص**[4] ، وهو مخالف لتعبير « المنهاج » بالأصح ، ثم إن هـٰذا الحكم إنما هو في الظاهر ، أما في الباطن . . **فالأصح** في « أصل الروضة » : أن على المقر إعطاءه إذا كان عند نفسه صادقاً[5] ، وحكىٰ في « الشرحين » تصحيحه عن ابن الصباغ ، ومشىٰ عليه « الحاوي » فقال [ص ٣٤٦] : (**وإن أنكر بعضٌ . . أخذ باطناً من نصيب المقر بحصته**) ولم يبين قدر الحصة ، **والأصح** فيما إذا كانا ابنين فألحق أحدهما ثالثاً : أنه يعطيه ثلث ما بيده .

٢٥٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٦] : (**وأن البالغ من الورثة لا ينفرد بالإقرار**) أي : **الأصح** ، وفي « الروضة » : **الصحيح** ، وعلىٰ هـٰذا ينتظر بلوغ الصبي ، فإن مات صبياً ، ولم يخلّف سوى المقر . . ثبت حينئذ ، وإن خلّف غيره . . اعتبرت موافقته ، والمجنون كالصبي[6] .

٢٥٤٤ـ قوله : (**وأنه لو أقر ابن حائزٌ بأُخُوَّةِ مجهولٍ فأنكر المجهول نسب المقر . . لم يؤثر فيه ويثبت أيضاً نسب المجهول**)[7] يتعلق التصحيح بالمسألتين معاً ، وعبر في « الروضة » في الأولىٰ بالصحيح[8] .

٢٥٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٨] : (**وإن أقر الورثة بنسب ؛ فإن كان المقر به يحجبهم . . ثبت النسب دون الإرث ، وقيل : يثبت الإرث وليس بشيء**) يقتضي ضعف الخلاف ، ويوافقه أن القاضي أبا الطيب نقل الإجماع علىٰ خلافه ، وينافيه تعبير « المنهاج » عنه بالأصح[9] ؛ فإنه يقتضي قوة الخلاف ، وقد قال بالإرث ابن سريج ، واختاره صاحب « التقريب » وابن الصباغ وجماعة ، ثم إن « التنبيه » إنما حكى الخلاف في الإرث خاصة دون النسب ، و« المنهاج » حكى الخلاف فيهما

---

(١) أي : في نسخة أخرىٰ لـ« المنهاج » ، وهي نسخة شهاب الدين السلماني أحد المرتبين في المدرسة البادرانية .

(٢) أي : نسخة أخرىٰ لـ« المنهاج » ، وهي نسخة شمس الدين الصماني .

(٣) انظر « بيان غرض المحتاج إلىٰ كتاب المنهاج » (ق ١٢) .

(٤) الروضة (٤/٤٢٣) .

(٥) الروضة (٤/٤٢٣) .

(٦) الروضة (٤/٤٢١ ، ٤٢٢) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٨٦) .

(٨) الروضة (٤/٤٢٢) .

(٩) المنهاج (ص ٢٨٦) .

معاً ، فقال عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأصح : (**وأنه إذا كان الوارث الظاهر يحجبه المستلحق ؛ كأخٍ أقر بابنٍ للميت . . ثبت النسب ولا إرث**)[1] .

٢٥٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٨] : (**وإن أقر بعضهم وأنكر البعض** ـ أي : بزوجية امرأة للموروث ـ . . **فقد قيل : يثبت لها الإرث بحصته ، وقيل : لا يثبت**) الثاني **هو الأصح** ، وهو داخل في إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » أن من ألحقه غير الحائز لا يرث ولا يشارك المقر في حصته ظاهراً[2] .

٢٥٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٧٨] : (**فإن أقر بعضهم بالدين وأنكر البعض . . ففيه قولان ، أحدهما : يلزم المقر جميعه في حصته ، والثاني : يلزمه بقسطه**) الثاني **هو الأصح** .

* * *

---

(١) المنهاج (ص ٢٨٦) .

(٢) الحاوي ص ٣٤٦) ، المنهاج (ص ٢٨٦) .

كتاب العارية

٢٥٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**من جاز تصرفه في ماله .. جازت إعارته**) أخرج بقوله : (**في ماله**) العبد المأذون ؛ فإنه متصرف في مال سيده ، فلا تصح إعارته ، لكن تناولت عبارته : المكاتب ؛ فإنه متصرف في مال نفسه ، ومع ذلك فلا تجوز إعارته ؛ ولهـٰذا اعتبر « المنهاج » و« الحاوي » في المعير كونه أهلاً للتبرع[١] ، فخرج المكاتب .

٢٥٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٧] : (**وملكه المنفعة**) جعله من شرط المعير ، وجعله « الحاوي » من شرط المستعار ، فقال [ص ٣٤٧] : (**عيناً لمنفعةٍ مملوكةٍ**) ، وذلك مفهوم من منع « التنبيه » إعارة المستعار ، وأورد في « المهمات » على اشتراط ملك المنفعة أمرين :

أحدهما : أن له إعارة الأضحية والهدي المنذورين مع خروجهما عن ملكه ؛ ولهـٰذا منعوا الإجارة .

ثانيهما : إعارة الإمام مال بيت المال من أرض وغيرها ، قال : فإنه لا شك في جوازه وإن لم يحضرني الآن ناقله .

وصرح الرافعي بجواز التمليك[٢] ، فالإعارة أولىٰ ، وتناولت عبارة « المنهاج » و« الحاوي » الموصىٰ له بالمنفعة ، وفي « الحاوي » التصريح به في نفيه الضمان عن المستعير من الموصىٰ له بالمنفعة[٣] ، وقد أطلق الرافعي هنا أن له أن يعير[٤] ، وقال في (كتاب الوصية) : استغرقت الوصية مدة بقاء العين ، أو قُدرت بمدة معينة كشهر . كان تمليكاً ، وإن قال : وصيت لك بمنافعه حياتك ، أو تسكن ، أو يخدمك . . فإباحة ، لا تمليك ، وفي جواز إعارة هـٰذا وجهان ، لم يرجح منهما شيئاً[٥] .

وأما الموقوف عليه : فله أن يعير إن كان الوقف مطلقاً ، فإن قال : ليسكنها معلم الصبيان في القرية . . فلا ، قاله القفال وغيره ، وأفتىٰ به شيخنا الإمام البلقيني ، وفهم من عبارتهما منع إعارة الأب ولده الصغير لمن يخدمه ، وبه صرح صاحب « العدة » ، وقال في « الروضة » : ينبغي أن

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٧) ، المنهاج (ص ٢٨٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٧٠) .

(٣) الحاوي (ص ٣٤٨) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٧٠) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ١١٠) .

يحمل علىٰ خدمة ما يقابل بأجرة ، فما كان محقراً لا يقابل بأجرة ، الظاهر الذي يقتضيه أفعال السلف : أنه لا منع منه إذا لم يضر بالصبي . انتهىٰ[1] .

وقال الروياني في « البحر » : يجوز أن يعير ولده الصغير ليخدم من يتعلم منه[2] .

٢٥٥٠ـ قولهم : (**إن المستعير لا يجوز له أن يعير**)[3] محله : عند عدم الإذن ، فإن أذن له . . جاز ، قال الماوردي : فإن لم يسم له من يعيره . . فالأول باق علىٰ عاريته ، وهو المعير للثاني ، والضمان باق عليه ، وله الرجوع . انتهىٰ[4] .

وعلى القول بالجواز : يكره أن يعيره ، قاله أبو الحسن محمد عبد الملك الكرجي من أصحابنا .

٢٥٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٧] : (**وله أن يستنيب من يستوفي المنفعة له**) أعم من قول « الروضة » : له أن يستوفي المنفعة لنفسه بوكيله[5] ؛ لتناول عبارته إركاب زوجته وخادمه ، وقد صرح بهما في « المطلب » ، وقد لا تتناولهما عبارة « الروضة » ، وفيه نظر .

٢٥٥٢ـ قول « الحاوي » [ص ٣٤٧] : (**من أهل التبرع عليه**) بيان لشرط المستعير ، وسبقه إليه الغزالي[6] ، قال الرافعي : وكأنه أراد التبرع بعقد ، وإلا . . فالصبي والبهيمة لهما أهلية التبرع والإحسان إليهما ، ولكن لا يوهب منهما ولا يعار[7] ، قال في « المهمات » : ومقتضاه : صحة استعارة السفيه ؛ فإن **الصحيح** : صحة قبوله الهبة ، وكيف تصح استعارته مع كونها سبباً مضمناً ؛ فلذلك جزم صاحب « الذخائر » بعدم صحتها ، وذكر الماوردي في (الحجر) نحوه[8] ، وذكر في « الكفاية » أن قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**من جاز تصرفه في ماله . . جازت إعارته**) يؤخذ منه وصف المستعير ، واستشكله النشائي[9] .

٢٥٥٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**ويجوز إعارة كل ما ينتفع به مع بقاء عينه**)[10] فيه أمور :

---

(١) الروضة (٤/٤٢٦) ، وفي (ج) : (وعلىٰ ما قاله صاحب « الروضة » تصير المسائل المستثنيات ثلاثاً) .
(٢) بحر المذهب (٩/١٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١١٣) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٧) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ١٣٢) .
(٥) الروضة (٤/٤٢٦) .
(٦) انظر « الوسيط » (٣/٣٦٧) ، و« الوجيز » (١/ ٣٧٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٧١) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٦/ ٣٦٠) .
(٩) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٦) .
(١٠) انظر « التنبيه » (ص ١١٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٧) .

أحدها : أن المراد : المنفعة المباحة ؛ لتخرج آلة الملاهي ونحوها ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٤٧] : (**لمنفعةٍ مباحة**) .

ثانيها : يستثنىٰ من ذلك : إعارة النقدين ، **فالأصح** : عدم جوازه ، وقد أشار إليه « الحاوي » بقوله [ص ٣٤٧] : (**قويةٍ**) ، ثم صرح باستثنائها ، فقال : (**لا النقد**) ، وفهم الرافعي من كلامهم : أن الخلاف إذا أطلق[1] ؛ أي : إن جوزنا الإطلاق في الإعارة ، فإن صرح بالاستعارة للتزيين . . فينبغي أن يصح ، وبه أجاب في « التتمة » ، وكلام الرافعي في (باب الإجارة) يدل علىٰ طرده فيه[2] ، وأجراهما الإمام في الحنطة ونحوها[3] ، والغزالي في الشجر للربط بها ، والتجفيف عليها[4] ، وفي « التتمة » في إعارة النقدين للتصرف : إن كان في بلد يستعملون هٰذه اللفظة في معنى القرض . . كان قرضاً ، ويباح له التصرف ، وعليه البدل ، وإلا . . فلا يستفيد التصرف ، وهل يكون أمانة أو مضموناً ؟ وجهان ، فلو تصرف فيها . . فلا ضمان إن قلنا : أمانة ، وإن قلنا : مضمون . . فكما لو استعار ثوباً فأبلاه بالاستعمال ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني واستغربه .

وأجاب بعضهم عن « التنبيه » و« المنهاج » : بأن عبارتهما تُدخِل النقد إذا صرح بإعارته للتزيين . . فيصح ، ويخرجه إذا لم يصرح ؛ لأن عينه لا يقال : إنها باقية مع الانتفاع به إلا في التزين .

ثالثها : قد يفهم من ذكر الانتفاع أن المستفاد بالعارية المنفعة خاصة ، فيخرج ما لو استعار لاستفادة عين ، كما إذا قال : (أَبَحْتُ لك در هٰذه الشاة ونسلها ، أو أعرتكها) ، **والأصح** عند النووي وغيره : أنه إباحة صحيحة ، والشاة عارية صحيحة ، بخلاف قوله : (ملكتك درها) فإنها هبة فاسدة ، والشاة مضمونة بعارية فاسدة[5] ، **ورجح** في « المهمات » : القطع بالصحة في مسألة الإباحة ، وأن الخلاف فيما إذا أتىٰ بلفظ العارية ، وهٰذا ينكت به علىٰ كلام « الحاوي » أيضاً[6] ، قال الرافعي : وعلىٰ هٰذا قد تكون العارية لاستفادة عين بخلاف الإجارة[7] .

٢٥٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**وتكره إعارة الجارية الشابة من غير ذي رحم محرم**) فيه أمور :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٧١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٨٩) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ١٤٠) .
(٤) انظر « الوجيز » (١/ ٤٠٦) ، و« الوسيط » (٤/ ١٥٧) .
(٥) انظر « الروضة » (٤/ ٤٢٨) .
(٦) أي : علىٰ قوله : (**لا يكون استيفاؤها باستهلاكها**) . الحاوي (ص ٣٤٧) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٧٣) .

أحدها : ظاهر إطلاقه الكراهة : أنها للتنزيه ؛ ولذلك قال عقبه : (**ويحرم إعارة العبد المسلم من الكافر**)[1] ، وهو الذي رجحه في « الكفاية » ، ومقتضىٰ كلام « المطلب » : أن عليه الجمهور ، لكن **الأصح** : التحريم ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، فلو فعل. . صح ، قاله الغزالي[3] ، وقال الرافعي : يشبه أن يقال : يفسد[4] .

ثانيها : تقييده ذلك بالشابة يقتضي جوازه في العجوز ، وقد حكى الرافعي وجهين في الصغيرة التي لا تشتهىٰ والقبيحة[5] ، **وصحح** في « الروضة » جوازه[6] ، **ورجح** في « الشرح الصغير » المنع ، وهو مقتضىٰ إطلاق « المنهاج » و« الحاوي »[7] ، وقال في « المهمات » : **الصواب** : التفرقة ، فيجوز في الصغيرة بخلاف الكبيرة ، قال في « المطلب » : **والحق** : المنع في العجوز والشوهاء .

ثالثها : كان ينبغي الاقتصار على المحرم من غير وصفه بكونه رحماً ، كما فعل « المنهاج » و« الحاوي »[8] فإن المحرم برضاع أو مصاهرة حكمه كذلك ، وإن لم يكن رحماً ؛ أي : قرابة .

رابعها : اقتصر « الحاوي » أيضاً على المحرم ، وفي معناه : إعارتها للمرأة ، وقد ذكره « المنهاج »[9] ، وللزوج ، وقد ذكره النووي في « تصحيحه »[10] ، قال النشائي : ولم أره في غيره ، وهو متعين[11] .

قلت : وذكره ابن الرفعة في « المطلب » ، قال : وتكون مضمونة عليه ولو في الليل إلىٰ أن يسلمها لمالكها ؛ لأن يد الضمان تثبت فلا تزول إلا بذلك ، وزاد في « المهمات » : إعارتها لمالكها ، ويتصور في المستأجر والموصىٰ له بالمنفعة ، وما إذا لم يجد المريض من يخدمه إلا امرأة فاستعارها لذلك. . صح ؛ فإنها تخدمه للضرورة ، وإعارة العبد للمرأة يقاس بعكسه وإن لم يصرحوا به ، **والصحيح** : المنع في الخنثىٰ معاراً أو مستعيراً .

---

(١) التنبيه (ص ١١٢) .
(٢) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٧) .
(٣) انظر « الوسيط » (٣/٣٦٨ ، ٣٦٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٧٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٧٢) .
(٦) الروضة (٤/٤٢٧) .
(٧) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٧) .
(٨) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٧) .
(٩) المنهاج (ص ٢٨٧) .
(١٠) تصحيح التنبيه (١/٣٤٧) .
(١١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٦) .

٢٥٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**وتحرم إعارة العبد المسلم من الكافر**) **الأصح** : الكراهة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، وحمل في « المطلب » التحريم على الإعارة للخدمة ، والكراهة علىٰ غيرها ، قال : والتحريم يتعلق بالمعير المسلم ، وكذا بالكافر إن كلفناه بالفروع .

٢٥٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**ويكره أن يستعير أحد أبويه للخدمة**) الأجداد والجدات كذلك ، كما صرح به البندنيجي ؛ ولعل ذلك داخل في قول « الحاوي » [ص ٣٤٨] : (**وتكره من الولد للخدمة**) ، قال في « المهمات » : وصورة المسألة : أن يقصد بها الاستخدام ، فإن أوقع الإعارة على الخدمة وقصد توفيره . . فهي مستحبة ، كما قاله أبو الطيب وغيره ، وهو واضح .

٢٥٥٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٤٨] : (**كَرَهْنِ الحسناء من فاسق**) أي : يكره ، لكن يستثنىٰ منه : ما إذا شرط أن تكون عند عدل أو امرأة .

٢٥٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٤٨] : (**والأصح : اشتراط لفظ ؛ كـ« أعرتك » أو « أعرني » ، ويكفي لفظ أحدهما مع فعل الآخر**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يستثنىٰ من اشتراط اللفظ : ما إذا اشترىٰ شيئاً وسلمه له في ظرف . . فالظرف معار في **الأصح** ، وما إذا أكل المهدىٰ إليه الهدية في ظرفها . . فيجوز ، وهو معار ، قاله أبو عاصم العبادي والبغوي ، وقال النووي : محله : ما إذا كانت الهدية لا لمقابل ، فإن كانت عوضاً . . فالمحكي عن أبي عاصم : أن الظرف أمانة[٢] ، قال في « المهمات » : ويؤخذ من كلام الرافعي أن الضمان يتوقف على الاستعمال ، فأما قبله : فإنه أمانة ، وإن كانت بغير مقابل ، وصرح به الرافعي في (الهبة)[٣] .

ثانيهما : أن الغزالي عين كون اللفظ من المعير ، والفعل من المستعير[٤] ، قال في « المهمات » : وفي « الروضة » في الباب الثاني ما يوافقه[٥] ، وهو قياس الوديعة يشترط فيها اللفظ من جهة المودع ، والفعل من الآخر ، وتتجه التسوية بين البابين .

قلت : الذي في « الروضة » هناك عن البغوي : لو قال صاحب المتاع لصاحب الدابة : احمل متاعي علىٰ دابتك ، فأجابه . . فصاحب المتاع مستعير ، ولو قال صاحب الدابة : أعطني متاعك لأضعه على الدابة . . فهو مستودع متاعه ، ولا تدخل الدابة في ضمان صاحب المتاع[٦] ، وهـٰذا

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٧) .

(٢) انظر « الروضة » (٤/ ٤٣٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٧٤) .

(٤) انظر « الوجيز » (١/ ٣٧٦) .

(٥) قال في « الروضة » (٤/ ٤٢٩) : (واختلفوا في الواجب من اللفظ ، **فالأصح الأشهر** ما قطع به البغوي وغيره : أن المعتبر اللفظ من أحد الطرفين والفعل من الآخر) .

(٦) الروضة (٤/ ٤٣٤) ، وانظر « التهذيب » (٤/ ٢٨٧) .

عكس مقالة الغزالي ؛ فإنه اعتبر في العارية اللفظ من المستعير دون المعير .

نعم ؛ هو مخالف للمذكور هنا من اعتبار اللفظ من أحدهما مطلقاً .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولعل سبب المخالفة أنه لم يوجد من جهة صاحب المتاع إذن بوضعه علىٰ دابة السائل ؛ فإن السائل طلب منه إعطاء المتاع للوضع .

قلت : مناولته له بعد استئذانه إذن في المعنىٰ ، والله أعلم .

٢٥٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٧] : (**ولو قال : « أعرتك لتعلفه » أو « لتعيرني فرسك » . . فهو إجارةٌ فاسدةٌ توجب أجرة المثل**) اقتصر « الحاوي » على الصورة الثانية ، ولم يقل : توجب أجرة المثل[1] ، وفي كلام « المنهاج » أمور :

أحدها : أنه يقتضي أن نفقة العارية ليست على المستعير ، وإلا . . لم يكن شرطه مفسداً ، وهو الذي في « البيان » عن الصيمري[2] ، لكن في « تعليق القاضي حسين » خلافه ، فلا يكون حينئذ اشتراطه عليه مفسداً ؛ لأن العقد يقتضيه .

وأجاب السبكي : بأن مراد الأول : علف لا يلزم المستعير ، وهو الزائد على المعتاد ، أو في وقت ليس المستعار فيه عنده ؛ كالليل مثلاً .

ثانيها : وجوب أجرة المثل محله : بعد القبض لا بمجرد العقد .

ثالثها : صورة المسألة : أن يكون العلف مجهولاً ، فلو قال : (أعرتكها شهراً لتعلفها فيه كل يوم بدرهم) . . فهل هو إجارة صحيحة نظراً إلى المعنىٰ ، أو عارية فاسدة نظراً إلى اللفظ ؟ وجهان بلا ترجيح في « الروضة » وأصلها[3] ، ومقتضىٰ تصحيحه مع الجهالة أنها إجارة فاسدة : تصحيح أنها إجارة صحيحة في هـٰذه الصورة ، والله أعلم .

٢٥٦٠ـ قولهم : (**ومؤنة الرد على المستعير**)[4] يستثنىٰ منه : ما إذا استعار من المستأجر أو من الموصىٰ له بالمنفعة ، ورد على المالك . . فمؤنة الرد على المالك ، بخلاف ما إذا رد على المستأجر ، كما في « الروضة » وأصلها[5] .

٢٥٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**فإن تلفت العارية . . وجبت عليه قيمتها يوم التلف**) فيه أمور :

أحدها : أن محله : ما إذا تلفت بغير الاستعمال ، فإن تلفت بالاستعمال المأذون فيه . . فلا

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٨) .

(٢) البيان (٦/٥١٨) .

(٣) فتح العزيز (٥/٣٧٥) ، الروضة (٤/٤٤٥) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١١٣) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٨) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٧) .

(٥) فتح العزيز (٥/٣٧٥) ، الروضة (٤/٤٣١) .

ضمان ، ذكره « الحاوي »[1] و« المنهاج » وعبارته : (**والأصح : أنه لا يضمن ما يمَّحق أو ينسحق باستعمال ، والثالث : يضمن المُمَّحق**)[2] وفيه شيئان :

أحدهما: أنه لم يصرح في «المحرر» بالوجه الثالث ، فهو من زيادة « المنهاج » من غير تمييز .

ثانيهما : عبر في « الروضة » في الانسحاق بالصحيح[3] ، وهو يقتضي ضعف مقابله ، ويستثنىٰ من قولنا : (إن التلف بالاستعمال غير مضمون) : الهدي والأضحية المنذوران يجوز إعارتهما ، قال في « الروضة » وأصلها في (الأضحية) : وإن نقصا بذلك . . ضمن ، فإن أراد المستعير . . فهو صريح فيما قلناه من استثنائه مما تلف بالاستعمال ، وإن أراد المعير . . لزم منه ضمان المستعير أيضاً ؛ لانبناء يده علىٰ يد ضامنه ، وعلى الثاني : فيمتحن بمعير إعارة جائزة ، وهو ضامن[4] .

الأمر الثاني : يستثنىٰ من ذلك : ما إذا استعار من المستأجر . . فلا ضمان عليه **في الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، أو من الموصىٰ له بالمنفعة ، وقد ذكره « الحاوي »[6] ، أو من الموقوف عليه ، كما ذكره المتأخرون .

قال شيخنا الإمام البلقيني : **والضابط** لذلك : أن تكون المنفعة مستحقةً لشخصٍ استحقاقاً لازماً ، وليست الرقبة له ، فإذا أعار . . لا يضمن المستعير منه ، وعلىٰ هٰذا : فلو أصدق زوجته منفعة ، أو صالح علىٰ منفعة ، أو جعل رأس السلم منفعة ؛ ففي هٰذه المسائل وأنظارها إذا أعار مستحق المنفعة شخصاً ، فتلفت تحت يده . . لا ضمان عليه **في الأصح** ، قال : وليس استعارة كتب الوقف من قبيل الاستعارة من الموقوف عليه ؛ لأن المستعير من جملة الموقوف عليهم ، قال : ويتردد بينهما إعارة الإمام الآلات التي اشتراها من سهم سبيل الله ؛ فإنه إذا دفعها لشخص عارية . . لا يضمن ؛ إما لأنه من جملة المستحقين ، وهو الظاهر ، أو لشبهه بمن انبنت يده علىٰ يد من ليس بضامن . انتهىٰ .

واستثنىٰ شيخنا المذكور من الضمان أيضاً : جلد الأضحية ، فإعارته جائزة ، قال : ولو تلف في يد المستعير . . لم يضمن ؛ لانبناء يده علىٰ يد من ليس بمالك مع أنه يستحق أن ينتفع استحقاقاً لازماً ، ولا يضمن لو تلف تحت يده ، فلا يضمن لو تلف تحت يد المستعير منه ، قال : وفيه نظر . انتهىٰ .

---

(١) الحاوي (ص ٣٤٨) .
(٢) المنهاج (ص ٢٨٧) .
(٣) الروضة (٤/ ٤٣٢) .
(٤) فتح العزيز (١٢/ ١١٤) ، الروضة (٣/ ٢٢٦) .
(٥) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٧) .
(٦) الحاوي (ص ٣٤٨) .

ويستثنىٰ من الضمان أيضاً : ما إذا كان المستعير محجوراً عليه بسفه . . فلا ضمان عليه ، كما قاله الهروي في « أدب القضاء » ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وفي كلام الأصحاب في (باب الوديعة) ما يقتضي ذلك . انتهىٰ .

واعلم أن قولنا : (إن المستعير من المستأجر لا ضمان عليه) محله : في الإجارة الصحيحة ، فإذا استأجر شيئاً إجارة فاسدة ، فأعاره ، فتلف . . ضمنه المستأجر ، كما ذكره البغوي في « فتاويه » وعلله : بأنه فعل ما ليس له ، قال : والقرار على المستعير .

الأمر الثالث : ظاهر إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » و« المنهاج » في آخر الباب في أثناء مسألة و« الروضة » وأصلها : ضمان العارية بالقيمة سواء أكانت مثلية ؛ كالخشب والحجر ، أو متقومة ، **وهو الأصح** في « الحاوي » و« البحر » و« التهذيب » وغيرها ؛ فإنهم بنوا المثلي على الخلاف في المتقوم ، فإن اعتبرنا أقصى القيم . . أوجبنا المثل ، أو قيمة يوم التلف ـ **وهو الأصح** ـ . . فالقيمة[1] ، وخالف ابن أبي عصرون ، فضمن المثلي بالمثل على القياس .

٢٥٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**وإن تلف ولدها . . ضمن ، وقيل : لا يضمن**) فيه أمران :

أحدهما : أن **الأصح** : عدم الضمان ، كذا في « الروضة » وأصلها أن ضمانه مبني علىٰ تضمين العارية بأقصى القيم ، وعدم ضمانه مبني علىٰ تضمينها بقيمة يوم التلف أو القبض[2] ، فيقال : كيف صحح « التنبيه » الضمان مع تصحيحه اعتبار قيمة يوم التلف ؟

وأورد النشائي علىٰ تصحيح النووي : أنه كان ينبغي له التعبير فيه بالصواب علىٰ طريقته ؛ فإن من اعتبر يوم التلف نافٍ لضمان الولد[3] .

قلت : لم يجزم « التنبيه » باعتبار يوم التلف ، بل رجحه ، ثم حكىٰ وجهاً باعتبار أقصى القيم ، فصار الترجيح في إحدى الصورتين مخالفاً للترجيح في الأخرىٰ ، كما قدمته ، والله أعلم .

ثم ظاهر كلام « التصحيح » و« الروضة » وأصلها : ترجيح عدم الضمان مطلقاً[4] ، وليس كذلك ، بل حكمه علىٰ هـٰذا الوجه كما لو طيرت الريح ثوباً إلىٰ داره وغير ذلك من الأمانات الشرعية ، كما ذكره القاضي حسين والإمام وغيرهما[5] ، ولم يذكر ابن الرفعة في كتابيه غيره ،

---

(١) التنبيه (ص ١١٣) ، الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٩) ، فتح العزيز (٥/٣٧٧) ، الروضة (٤/٤٣١) ، الحاوي الكبير (٧/١٢١) ، بحر المذهب (٩/٨) ، التهذيب (٤/٢٨١) .

(٢) فتح العزيز (٥/٣٧٧) ، الروضة (٤/٤٣١) .

(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٧) .

(٤) فتح العزيز (٥/٣٧٧) ، تصحيح التنبيه (١/٣٥١) ، الروضة (٤/٤٣١) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/١٤٣) ، و« الروضة » (٤/٤٣١) .

فيضمنه **على الأظهر** إذا تمكن من رده إلىٰ مالكه ، فلم يرده ، فظهر أن مرادهم : نفي ضمان مخصوص ، وهو ضمان العواري .

ثانيهما : ظاهر كلامه أنه لا فرق بين الولد الموجود عند العارية والحادث بعدها ، وكذا رجح في « الكفاية » ، وحكىٰ عن الجيلي تخصيص الخلاف بالحادث ، وأنه جزم فيما إذا كان موجوداً ، وسلم الأم ، فتبعها الجحش . . بأنه لا ضمان ، وهـٰذا المحكي عن الجيلي هو الذي في الرافعي ؛ فإنه فرض الخلاف في الحادث[1] ، وزاد في « الروضة » التصريح بحكم الموجود ، وحكىٰ عن « فتاوى القاضي حسين » : أنه أمانة[2] .

٢٥٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**وإن قال : « ازرع الحنطة » . . زرع الحنطة وما ضرره ضرر الحنطة**) محله كما في « المنهاج » و« الحاوي » : ما إذا لم ينهه[3] ، فإن نهاه عن زرع غيرها . . لم يكن له زرع غيرها ، وتجويز المثل يقتضي تجويز الأدنىٰ من باب الأولىٰ ، وهو أحسن من اقتصار « المحرر » علىٰ : (ما دونها)[4] ، وصرح « الحاوي » بهما ، ولم يخصه بالحنطة ؛ فإنها مثال ، فقال : (**وينتفع المأذون ومثله ودونه ضرراً من نوعه ما لم ينه**)[5] .

٢٥٦٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٨] : (**ولو أطلق الزراعة . . صح في الأصح ويزرع ما شاء**) وهو مفهوم من عبارة « التنبيه » و« الحاوي »[6] .

قال الرافعي : ولو قيل : يصح ولا يزرع إلا أقل الأنواع ضرراً . . لكان مذهباً[7] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو ممنوع ؛ فإن المطلقات إنما تنزل على الأقل إذا كان بحيث لو صرح به . . لصح ، وهـٰذا لو صرح به . . لم يصح ؛ لأنه لا يوقف علىٰ حد أقل الأنواع ضرراً ، فيؤدي إلى النزاع ، والعقود تصان عن ذلك .

واعلم : أن صورة المسألة : أن يقول : لتزرعها ، أو للزراعة ، أو نحو ذلك ، فلو قال : (لتزرع ما شئت) . . فهو عام لا مطلق ، فيصح ويزرع ما شاء ، كما جزم به القاضي والإمام وغيرهما[8] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٧٧) .
(٢) الروضة (٤/٤٣١) .
(٣) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٨) .
(٤) المحرر (ص ٢٠٩) .
(٥) الحاوي (ص ٣٤٨) .
(٦) التنبيه (ص ١١٢) ، الحاوي (ص ٣٤٨) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٨١) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٧/١٥٧) .

٢٥٦٥ـ قولهم : (**وإن استعار للغراس**)[١] قال النووي في « التحرير » : لو عبر بالغرس.. لكان أحسن وأخصر[٢] .

٢٥٦٦ـ قول « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالصحيح [ص ٢٨٨] : (**وأنه لا تصح إعارة الأرض مُطْلَقَةً ، بل يُشترط تعيين نوع المنفعة**) يقتضي ضعف الخلاف ، وليس كذلك ؛ فإن الرافعي في « شرحيه » لم يرجح شيئاً[٣] ، وعبارة « الروضة » : **أصحهما عند الإمام والغزالي**... ثم نقل من زيادته تصحيحه عن « المحرر »[٤] ، **وصححه** في « أصل الروضة » في باب الإجارة[٥] ، ومشىٰ عليه « الحاوي » بقوله [ص ٣٤٧] : (**معلومة الجنس ؛ كالزراعة**) **وصحح** آخرون الصحة ، **واختاره** السبكي ، وعلىٰ هـٰذا : فله أن ينتفع كيف شاء ، وقال الروياني : ينتفع بما هو العادة فيه ، قال **الرافعي** : وهو أحسن ، ثم قال : **الوجه** : القطع بأن إطلاق الإعارة لا يسلط علىٰ دفن الموتىٰ ؛ لما فيه من ضرر اللزوم . انتهىٰ[٦] .

واعلم : أن ذكر الأرض مثال ، فيجري الوجهان في كل ما ينتفع به بجهتين فصاعداً ؛ كالدابة تصلح للركوب وللحمل ، أما ما لا ينتفع به إلا بجهة واحدة ؛ كالبساط المتعين للفرش.. فلا يحتاج إلىٰ بيان ، وقد يفهم من عبارة « المنهاج » عدم الصحة فيما لو قال : (انتفع ما شئت) ، وفي « الروضة » وأصلها وجهان في ذلك بلا ترجيح[٧] ، لكنهما **صححا** في نظيرها من الإجارة الصحة[٨] ، فالعارية أولىٰ ؛ ولذلك مشى « الحاوي » على الصحة[٩] .

فصل

[جواز العارية وما للمعير وما عليه بعد الرد]

٢٥٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٨] : (**لكل منهما رد العارية متىٰ شاء إلا إذا أعار لدفنٍ.. فلا يرجع حتىٰ يندرس أثر المدفون**) فيه أمور :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٢) ، و« الحاوي » (ص ٣٤٩) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٨) .
(٢) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٠٩) .
(٣) فتح العزيز (٥/ ٣٨١) .
(٤) الروضة (٤/ ٤٣٦) ، وانظر المحرر (ص ٢٠٩) .
(٥) فتح العزيز (٦/ ١١٤) ، الروضة (٥/ ١٩٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٨٢ ، ٣٨٣) .
(٧) فتح العزيز (٥/ ٣٨٢) ، الروضة (٤/ ٤٣٦) .
(٨) فتح العزيز (٦/ ١١٥) ، الروضة (٥/ ١٩٩ ، ٢٠٠) .
(٩) الحاوي (ص ٣٤٧)

أحدها : أورد عليه : أنه لا بد أن يقول : (ودفن) ، وعبارة « المحرر » تشعر به ؛ حيث عبر بالنبش[١] .

قلت : وكذا يشعر به قول « المنهاج » : (**حتىٰ يندرس أثر المدفون**) ، وعبارة « الحاوي » في ذلك مثل عبارة « المنهاج »[٢] ، ومثلهما قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**حتىٰ يُبلى الميت**) فإن وضع ، ولم يوار . . **فالمرجح في** « الشرح الصغير » : عدم الرجوع ، والذي في « الروضة » : له الرجوع ما لم يوضع فيه **الميت**[٣] ، قال المتولي : وكذا بعد الوضع ما لم يواره التراب ، وإذا رجع قبل الدفن . . لا يلزم المستعير الطمُّ ، ويغرم المعير لولي الميت مؤنة الحفر ؛ لأنه الذي ورطه فيه ، قاله المتولي ، ووهم الرافعي ، فنقل عن المتولي : أن مؤنة الحفر علىٰ ولي الميت[٤] ، وتبعه في « المطلب » ، واستدركه النووي[٥] .

ثانيهما : منع القاضي حسين الرجوع بعد الاندراس أيضاً ، وهـٰذان الأمران ينكت بهما علىٰ عبارة « التنبيه » و« الحاوي » أيضاً .

ثالثها : يرد علىٰ حصره مسائل :

أحدها : إذا إعاره جداراً لوضع الجذوع ، فوضعها . . فليس له الرجوع علىٰ وجه ، جزم به « التنبيه » ، واستثنىٰ هـٰذه الصورة مع التي قبلها ، فقال بعد ذكرهما : (**وفيما سواه يرجع إذا شاء**)[٦] ، لكن **الأصح** : جواز الرجوع ، **وفائدته** : التخيير بين التبقية بأجرة ، والقلع مع ضمان أرش النقص ، وصرح به « الحاوي » هنا[٧] ، وذكره « المنهاج » في (الصلح) ، لكن في الجدار المشترك ، فقال : (**فلو رضي بلا عوض . . فهو إعارة له الرجوع قبل البناء عليه ، وكذا بعده في الأصح**)[٨] ، ونظير ذلك : الإعارة للرهن لا يُرجع فيها علىٰ وجه .

الثانية : إذا كفنه أجنبي ، وقلنا : إنه باق علىٰ ملك الأجنبي ، كما صححه النووي[٩] . . فهو عارية لازمة ، قاله الغزالي[١٠] ، وفي الرافعي في (السرقة) : أنه كالعارية[١١] .

---

(١) المحرر (ص ٢٠٩) .
(٢) الحاوي (ص ٣٤٩) .
(٣) الروضة (٤/٤٣٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٨٢) .
(٥) انظر « الروضة » (٤/٤٣٦) .
(٦) التنبيه (ص ١١٣) .
(٧) الحاوي (ص ٣٤٩) .
(٨) المنهاج (ص ٢٦٢) .
(٩) انظر « الروضة » (١٠/١٣١) .
(١٠) انظر « الوجيز » (٢/١٧٣) .
(١١) فتح العزيز (١١/٢٠٧) .

الثالثة : الدار المستعارة لسكنى المعتدة لازمة من جهة المستعير فقط ، كما ذكروه في العدد .

الرابعة : قال : (أعيروا داري بعد موتي لزيد شهراً) . . لم يكن للمالك ـ وهو الوارث ـ الرجوع ، ذكره الرافعي في (التدبير)[1] .

الخامسة : لو أراد الصلاة المفروضة ، فأعاره ثوباً ليستر به عورته أو ليفرشه في مكان نجس ، ففعل ، وأحرم ، وكان الرجوع مؤدياً إلىٰ بطلان الصلاة . . قال في « المهمات » : يتجه منعه منه ، ويحتمل الجواز ، وتكون فائدته : طلب الأجرة .

السادسة : لو أعاره سفينة ، فطرح فيها مالاً . . لم يكن له الرجوع ، قاله في « البحر »[2] ، وهـٰذه الصور الخمسة واردة على « التنبيه » و« الحاوي » أيضاً[3] .

٢٥٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٨] فيما إذا أعار للبناء أو الغراس ثم رجع : (**إن كان شرط القلع مجاناً . . لزم**) تقييد القلع بكونه مجاناً هو كذلك في كتب الرافعي والنووي[4] ، **والصواب** ـ كما قال في « المهمات » ـ : حذفه ، كما في « المهذب » وغيره[5] ، وكذا لم يذكره « التنبيه » و« الحاوي » فإن مقتضاه : أنه لا يؤمر بالقلع مجاناً إلا عند التنصيص عليه ، ولم يعتبر الشافعي ذلك ، وعبارته في « المختصر » و« الأم » : ولكن لو قال ـ أي : المعير ـ : (فإذا انقضى الوقت . . كان عليك أن تنقض بناءك) . . كان ذلك عليه ؛ لأنه لم يغره ، إنما غر نفسه . انتهىٰ[6] .

وحذفه الرافعي في نظيره من الإجارة[7] ، وذكر السبكي أن حذفه هو المعتمد .

٢٥٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**فإن لم يشترط ، فاختار المستعير القلع ، فقلع . . لم يكلف تسوية الأرض ، وقيل : يكلف ذلك**) رجح الأول الرافعي في « المحرر »[8] ، فاستدرك عليه النووي في « المنهاج » وقال [ص ٢٨٨] : (**الأصح : يلزمه**) ، وكذا صححه في « الروضة » تبعاً « للشرحين »[9] ، ومشىٰ عليه « الحاوي »[10] ، وكان ينبغي التعبير عنه في « المنهاج » بالصحيح ؛

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤١١) .
(٢) بحر المذهب (٩/ ١٠) .
(٣) في حاشية (ج) : (بقي من الصور : ما إذا نذر المعير ألاَّ يرجع ، أو نذر أن يرجع ، قاله المتولي عجالة) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٨٥) ، و« الروضة » (٤/ ٤٣٧) .
(٥) المهذب (١/ ٣٦٤) .
(٦) المختصر (ص ١١٦) ، الأم (٧/ ١٣٨) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٣٣) .
(٨) المحرر (ص ٢٠٩) .
(٩) فتح العزيز (٥/ ٣٨٥) ، الروضة (٤/ ٤٣٨) .
(١٠) الحاوي (ص ٣٤٩) .

فإنه في « الروضة » حكاه عن الجمهور ، وقال : ولا يغتر بتصحيح « المحرر » فإنه ضعيف[1] .

وأيده في « المهمات » : بأن الإمام ادعىٰ في الإجارة اتفاق الأصحاب عليه ، قال : **والظاهر** : أنه في « المحرر » انعكس عليه المراد ، قال في « المهمات » : ويتجه أن محل إيجاب التسوية في الحفر الحاصلة من القلع دون الحاصلة بالبناء أو الغرس في مدة العارية ؛ لحدوثها بالاستعمال ، وإذا لم يوجبوا ضماناً عند انمحاق الثوب أو انسحاقه لهـٰذه العلة . . فالحَفْرُ أولىٰ . انتهىٰ .

وسبقه إليه السبكي .

٢٥٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**وإن لم يختر القلع . . فالمعير بالخيار بين أن يبقي ذلك ، وبين أن يقلع ويضمن له أرش ما نقص بالقلع**) فيه أمور :

أحدها : ظاهره التبقية بغير أجرة ؛ فإنه لم يتعرض لها ، وهو رأي العراقيين ، وقال السبكي : إنه الذي ينبغي أن يكون مراده ، ولكن حمله ابن يونس شارحه على التبقية بأجرة ، وهو الذي في « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

ثانيها : قال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : هـٰذا التخيير محله : إذا كان في القلع تنقيص ، وإلا . . فليس له إلا القلع ، فإن صح ذلك . . فهو وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

ثالثها : التخيير بين هاتين الخصلتين **هو المرجح** في « المنهاج » هنا ، وهو نظير ما تقدم في « المنهاج » تصحيحه في (الصلح) في الرجوع عن إعارة الجدار لوضع الجذوع ، وتوافقت « الروضة » و« المنهاج » عليه هناك[3] ، ثم قال في « المنهاج » هنا [ص ٢٨٨] : (**قيل** : **أو يتملكه بقيمته**) وهـٰذا الوجه الذي ضعفه من التخيير بين ثلاث خصال هو الذي في « الحاوي »[4] ، وهو اختيار الإمام والغزالي[5] ، وهو الذي في « الروضة » وأصلها في (الهبة) ، وجوز بعضهم أن يكون ذلك هو مراد « التنبيه » هنا ؛ فإن التبقية مطلقة في كلامه ، صادقة بأن يبقيها ملكاً له ، وهو التملك ، أو للمستأجر بأجرة يدفعها له ، قال : وبهـٰذا يتعين إطلاق التبقية في كلامه ، وعدم تقييدها بأجرة وعدمها ؛ لئلا تخرج خصلة التملك . انتهىٰ .

وصحح في « أصل الروضة » هنا : التخيير بين القلع مع ضمان أرش النقص والتملك بالقيمة[6] ، وعبارة الرافعي فيه : هـٰذا رأي أكثر العراقيين وغيرهم ، ويشبه أن يكون **أظهر** في

---

(١) الروضة (٤/٤٣٨) .
(٢) الحاوي (ص ٣٤٩) ، المنهاج (ص ٢٨٨) .
(٣) الروضة (٤/٤٣٨) ، المنهاج (ص ٢٦١ ، ٢٦٢) .
(٤) الحاوي (ص ٣٤٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/١٥٨) ، و« الوجيز » (١/٣٧٧) ، و« الروضة » (٤/٤٣٨) .
(٦) الروضة (٤/٤٣٨) .

المذهب[1] ، وهو المذكور في « المنهاج » في (التفليس) فيما إذا غرس المفلس الأرض أو بنىٰ[2] ، وفي « التنبيه » في (الشفعة) فيما إذا غرس المشتري أو بنىٰ[3] ، وفهم النشائي من ذلك : أن التبقية بأجرة جائزة قطعاً ، والخلاف في الخصلتين الأخريين[4] ، وفي « المطلب » : أن النص في « الأم » و« المختصر » على التملك بالقيمة فقط ، واقتضىٰ كلامه الحصر فيها ، قال : وكذا نص في « الأم » و« المختصر » و« البويطي » في الإجارة إذا انقضت المدة . انتهىٰ[5] .

ثم ظاهر كلامهم : أنه يتملك بالقيمة قهراً بغير بيع ؛ كتملك الشفيع ، قال السبكي : وقد أشار الرافعي إلىٰ ذلك ، وفي كلام غيره ما يقتضي أنه بالبيع بمعنىٰ : أن المستعير إن باعه ، وإلا . . فكما لو امتنع عن الخصال ، وهـٰذا هو الأقرب ، قال ابنه في « التوشيح » : ويمكن أن يقال : يكره المستعير على الإيجار أو البيع أو يفعل هو ذلك نيابة قهرية عنه ، ولكن يقدح في ذلك قول البغوي : لا بد في التملك والتبقية بأجرة من رضا المستعير ؛ لأن الأول بيع ، والثاني إجارة .

رابعها : محل ذلك : في الأرض الخالصة للمعير ، أما لو كان شيء منها للمستعير . . لم يكن للمعير إلا التبقية بأجرة ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن المتولي من غير مخالفة[6] ، وهو وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً ، لكن في « فتاوى ابن الصلاح » : أن للشريك أن يتملك بالقيمة من البناء بقدر حصته من الأرض ، ويصير البناء مشتركاً بينهما كاشتراكهما في الأرض[7] ، ويوافقه في « التتمة » في الشفعة : تخيير الشريك بين الخصال الثلاثة ، حكاه في « المهمات » .

ويستثنىٰ من ذلك أيضاً : ما لو وقف المستعير البناء أو الغراس . . فليس للمالك التملك بالقيمة ولا القلع مع الأرش ، بل يتعين عليه التبقية بأجرة ، ذكره ابن الرفعة والسبكي .

خامسها : لم يبين « المنهاج » و« الحاوي » قدر الأجرة ، ولا يصح إنهاء ما يطلبه المعير ، ولا أن يفرض الحاكم أجرة المثل حالة ؛ إذ لا ضابط للمدة ، ولا مقسطة ؛ لأنه لا يفرضه ، قال شيخنا الإسنوي : وأقرب ما يمكن : سلوك ما ذكروه في (الصلح) من بيع حق البناء دائماً بعوض حال بلفظ البيع أو الإجارة وإن جهلت المدة ، لكنه يلزم منه أن يبني ويغرس غيره عند تلفه أو قلعه ، أو يؤجره لغيره ، وهو بعيد .

---

(1) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٨٦) .
(2) المنهاج (ص ٢٥٤) .
(3) التنبيه (ص ١١٦) .
(4) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٧) .
(5) الأم (٧/١٣٨) ، المختصر (ص ١١٦) .
(6) فتح العزيز (٥/٣٨٨) ، الروضة (٤/٤٤٠) .
(7) فتاوى ابن الصلاح (٢/٤٩٢) .

وقال في « التوشيح » : يتفرع على اعتبار رضا المستعير : أن المعير إذا اختار التبقية بأجرة.. اشترط تعيين المدة كسائر الإجارات ، وإذا عين مدة وعين المستعير أقل منها أو أكثر.. فهو الذي ينبغي أن يجاب ، وإذا انقضت.. فهل يتعين بعد انقضائها الإجارة لرضاه بها أولاً ، أو له الانتقال إلىٰ خصلة أخرىٰ مما كنا نمكنه منها ابتداء ؟ فيه نظر واحتمال ، **والأقرب** : التعيين ، قال : وعلىٰ عدم اعتبار رضاه أنه لا يتعين مدة ، كما لا يشترط لفظ ، وإنما يكون حكمها حكم الإجارة ، وتكون دائمة ، فإذا قال : أُبقيها بأجرة المثل.. وجب الإبقاء بذلك ، قال : وكثيراً ما يقع في المحاكمات أرض يستأجرها إنسان مدة معينة للبناء ، وتنقضي المدة ، ويختار المؤجر الإبقاء بأجرة بعينها ، ويرضىٰ بها المستأجر ، ثم يطلب زيادة.. فلا أمكنه وإن رغب راغب بزيادة ، أو ارتفعت الأجرة ؛ لورود العقد علىٰ معلوم ، فلا يتطرق إليه الفسخ بالزيادة وإن كانت الأرض وقفاً والمؤجر ناظراً إذا كانت وقعت بأجرة المثل وقت الإيجار ؛ لأنه نظير زيادة تحدث في العين .

سادسها : أرش النقص هو التفاوت بين قيمتة قائماً ومقلوعاً ، وينظر في قيمته قائماً إلىٰ أنه مستحق القلع بالأرش ؛ فإن قيمته حينئذ أنقص ، نبه عليه صاحب « البيان »[1] ، وأشار السبكي إلىٰ أن ذلك إذا قلنا : إن إفراد الواجب المخير واجبة ليكون القلع مستحقاً قبل اختياره ، وإلا.. فلا يتعين أحدها إلا باختياره ، وقبله هو مستحق الإبقاء بغير أجرة .

سابعها : قال السبكي : إذا اختار القلع وبذل الأرش.. لا ينبغي أن يكتفي الحاكم بذمته ، بل لا يمكنه من القلع إلا بدفع الأرش ، وللمستعير منعه من القلع حتىٰ يقبضه ، أو يكون علىٰ يد من يأمن عليه ، وإن لم يصرح الأصحاب بذلك .

ثامنها : ظاهر كلامهم : أنه لو أراد فعل بعض هٰذه الخصال في البعض وبعضها في البعض الآخر.. لم يمكن منه ، وذكره في « التوشيح » بحثاً ، وهو واضح .

٢٥٧١ـ قول « الحاوي » [ص ٣٤٩] : (**فإن أبىٰ.. كُلِّف التفريغَ**) أي : إن أبى المستعير الخصال الثلاث.. كلف تفريغ الأرض ، كذا ذكره الرافعي[2] ، وأسقطه في « الروضة » ، والذي في « المنهاج » [ص ٢٨٨ ، ٢٨٩] : (**فإن لم يختر.. لم يقلع مجاناً إن بذل المستعير الأجرة ، وكذا إن لم يبذلها في الأصح**) ، ومعناه : إن لم يختر المعير إحدى الخصلتين المخير بينهما فيه ، وهما التبقية بأجرة والقلع بالأرش ، وكذا هو في « الروضة » وأصلها فيما إذا امتنع من القلع بالأرش والتملك بالقيمة بناء علىٰ ترجيحهما هناك ، فقال في « الروضة » وأصلها : وبه قطع المخيرون بين

---

(١) البيان (٦/٥٢٠) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٨٦) .

الخصال الثلاث إذا امتنع منها جميعاً . انتهىٰ[1] .

وكان ينبغي لـ« الحاوي » ذكر هـٰذا التفريع علىٰ ما اختاره من التخيير بين الخصال الثلاث .

واعلم : أنه على الأصح في « المنهاج » : يؤول الأمر إلى التخيير بين القلع بالأرش والتبقية بلا أجرة ، وهو ظاهر « التنبيه » كما تقدم[2] .

٢٥٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٩] : (**الأصح : أنه يُعرض عنهما حتىٰ يختارا شيئا**) كذا في نسخة المصنف تبعاً لـ« المحرر » بالتثنية[3] ، وكذا في أكثر نسخ « الشرحين »[4] ، **والصواب** : حذف الألف ، كما في « الروضة »[5] لأن الاختيار إلى المعير خاصة كما تقدم .

٢٥٧٣ـ قولهما : (**ولا يمنع من دخولها للسقي والإصلاح**)[6] أعم من قول « المحرر » والروضة » وأصلها : (ومرمة الجدار)[7] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٣٤٩] : (**المرمَّةُ**) ولعله أعم من مرمة الجدار ، فهو مثل التعبير بالإصلاح .

٢٥٧٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولكلٍّ بيعُ ملكِهِ**)[8] قد يتناول ما إذا باعاهما لثالث بثمن واحد ، وهو صحيح **على الأصح** ؛ للحاجة ، بخلاف ما إذا كان لاثنين عبدان لكل منهما عبد ، فباعاهما بثمن واحد ، ولم يعلم ما يقابل كلاً منهما عند العقد . فإنه باطل **على الأصح** في « تصحيح التنبيه » و« شرح المهذب » كما تقدم في موضعه[9] ، ونقله الرافعي في (الصداق) عن النص[10] .

٢٥٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٩] : (**وفي قولٍ : له القلع فيها ـ أي : في العارية المؤقتة ـ مجاناً إذا رجع**) محل هـٰذا القول : بعد المدة ، وهو بعدها لا يحتاج إلىٰ رجوع ؛ فكان ينبغي التعبير بالانتهاء دون الرجوع ، وعبر في « الروضة » وأصلها بالرجوع بعد المدة[11] ، وفيه تجوّز .

---

(١) فتح العزيز (٣٨٧/٥) ، الروضة (٤٣٨/٤) .

(٢) التنبيه (ص ١١٢) ، المنهاج (ص ٢٨٨) .

(٣) المحرر (ص ٢٠٩) .

(٤) فتح العزيز (٢٢٨/١١) طبعة دار الفكر بإثبات الألف ، وفي « فتح العزيز » (٣٨٧/٥/٥) طبعة دار الكتب العلمية بحذف الألف .

(٥) الروضة (٣٨٧/٤) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١١٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٩) .

(٧) المحرر (ص ٢١٠) ، فتح العزيز (٣٨٧/٥) ، الروضة (٤٣٨/٤) .

(٨) انظر « التنبيه » (ص ١١٢) ، و« الحاوي » (ص ٣٥٠) ، و« المنهاج » (ص ٢٨٩) .

(٩) تصحيح التنبيه (٢٨٧/١) ، المجموع (٣٧٢/٩) .

(١٠) انظر « فتح العزيز » (٢٦٠/٨) .

(١١) فتح العزيز (٣٨٨/٥) ، الروضة (٤٣٩/٤) .

٢٥٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٤٩] : (**وإذا أعار لزراعةٍ ورجع قبل إدراك الزرع . . فالصحيح : أن عليه الإبقاء إلى الحصاد**) فيه أمران :

أحدهما : أن محله : فيما لا يعتاد قلعه حينئذ ، وإلا . . كلّف قلعه ، وكان هـٰذا مراد « التنبيه » بقوله [ص ١١٢] : (**ثم رجع والزرع قائم ، فإن كان مما يحصد قصيلاً . . حصد**) ، قال النووي في « التحرير » : وقوله : (**قصيلاً**) أي : مقصولاً ، وهو المقطوع[١] .

قال ابن الرفعة : وإذا كان كذلك . . لم يستقم نظمه .

ثانيهما : قال في « المطلب » : محل ذلك : ما إذا نقص بالقلع ، فإن لم ينقص . . أجبر عليه . انتهىٰ .

وهـٰذا إن صح . . وارد على « التنبيه » أيضاً .

٢٥٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] : (**وإن قال : « ازرع الحنطة » . . لم يقلع إلى الحصاد**) هـٰذا مندرج في قوله فيما تقدم : (**وإن كان مما لا يحصد**) أيْ : قصيلاً ، وإنما ذكره ؛ لينبه علىٰ أن ما لا يحصد قصيلاً إذا أذن فيه بخصوصه ثم رجع . . لا أجرة له ، كما حكاه القاضىٰ حسين وجهاً ؛ لرضاه بشغل أرضه إلىٰ تلك الغاية ، وجزم في الأولىٰ بالأجرة ؛ لأنه لا يتحقق زرع ما يبقىٰ إلىٰ هـٰذه الغاية ، ذكره في « الكفاية » .

قال النشائي : وحينئذ . . فيُستَدرك على « التصحيح » في سكوته عنه ؛ لإطلاق الرافعي و« الروضة » تصحيح الأجرة ، كما هو ظاهر « الكفاية »[٢] .

قلت : إنما يستدرك « التصحيح » المخالفة الصريحة ، ولا يستدرك علىٰ ما يفهم بالقرينة ، والله أعلم .

وعبر في « المنهاج » في وجوب الأجرة بالصحيح[٣] ، وعبر في « الروضة » بالأصح[٤] .

ويرد على « التنبيه » : أن محل الإبقاء إلى الحصاد : ما إذا لم يقصر ، فإن قصر ؛ بأن عين له مدة فأخر الزرع فلم يدرك . . قلع مجاناً ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٤٩] : (**لا إن عيّن مدة فأخر**) و« المنهاج » بقوله [ص ٢٨٩] : (**فلو عين مدة ولم يُدرك فيها ؛ لتقصيره بتأخير الزراعة . . قلع مجاناً**) .

قال شيخنا ابن النقيب : وقوله : (**لتقصيره**) علة للقلع مجاناً ، فإن لم يكن كذلك . . لم يقلع

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٠٩) .

(٢) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٠٦) ، وانظر « فتح العزيز » (٥/٣٨٩) ، و« الروضة » (٤/٤٤٠) .

(٣) المنهاج (ص ٢٨٩) .

(٤) الروضة (٤/٤٤٠) .

مجاناً ، بل هو كالعارية مطلقاً سواء كان عدم الإدراك لحر أو برد أو مطر أو لقلة المدة المعينة أو لأكل الجراد رأسه ، فنبت ثانياً[1] .

٢٥٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٨٩] : (**ولو حمل السيل بذراً إلىٰ أرضه فنبت . . فهو لصاحب البذر**) لم يصرح به « التنبيه » و« الحاوي » ، ولا هو في « الروضة » و« الشرحين » ، ولكنه مفهوم من ذكر الخلاف في الإجبار علىٰ قلعه مجاناً .

وفي معنى **السيل** : الهواء ، والمراد بالبذر : المبذور ، من إطلاق المصدر على اسم المفعول ، وتسميته بذلك باعتبار أنه سيصير مبذوراً ، ففيه تجوز من وجهين ، وتناول إطلاقه ما لا قيمة له ؛ كحبة أو نواة ، وحكى الرافعي فيه وجهين بلا ترجيح[2] ، **وصحح** النووي : أنه لصاحب البذر ـ كإطلاق « المنهاج » ـ قال : فإن كان صاحبها أعرض عنها وألقاها . . فينبغي القطع بأنها لصاحب الأرض[3] ، وهـٰذه الأمور ينكت بها علىٰ عبارة « التنبيه » و« الحاوي » أيضاً .

٢٥٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**فقد قيل : يجبر علىٰ قلعه ، وقيل : لا يجبر**) **الأصح** : الأول كما في « المنهاج » و« الحاوي » ، وزاد فيه : التصريح بكونه مجاناً[4] ؛ أي : لا يعطيه مالك الأرض أرش النقص ، قال الماوردي في (الغصب) : **وأصح** من هـٰذين الوجهين : أن ينظر في الزرع بعد قلعه ؛ فإن كانت قيمته مثل قيمة الحنطة . . قلع ، وإن نقصت . . لم يقلع ، ويندفع الضرر عن المالك بالأجرة[5] ، وسكتوا عن الأجرة للمدة التي قبل القلع ، وجزم في « المطلب » بعدمها وإن كثر ؛ لعدم الفعل منه ، وفيه وجه حكاه الجويني .

٢٥٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**وإن دفع إليه دابة فركبها ثم اختلفا ، فقال صاحب الدابة : « أكريتكها ، فعليك الأجرة » ، وقال الراكب : « بل أعرتني » . . فالقول قول الراكب في أصح القولين**) فيه أمور :

أحدها : أن الذي **رجحه الرافعي والنووي** : تصديق صاحب الدابة[6] ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[7] .

ثانيها : أن صورة المسألة : أن يختلفا بعد مضي مدة لها أجرة ، فإن لم تمض مدة لها أجرة . . فلا معنىٰ للمنازعة ، فيرد المال إلىٰ مالكه .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (١١٢/٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٣٩٠/٥) .
(٣) انظر « الروضة » (٤٤٢/٤) .
(٤) الحاوي (ص ٣٤٩) ، المنهاج (ص ٢٨٩) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٧٠/٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٣٩١/٥) ، و« الروضة » (٤٤٢/٤) .
(٧) الحاوي (ص ٣٤٨) ، المنهاج (ص ٢٨٩) .

ثالثها : وصورتها أيضاً : أن تكون الدابة باقية ، فإن كانت تالفة ؛ فإن تلفت عقب الأخذ . . فهو مقر بالقيمة لمنكرها ، أو بعد مدة لها أجرة ؛ فإن قلنا : اختلاف الجهة يمنع الأخذ . . سقطت القيمة ، وفي الأجرة الخلاف ، وإلا ـ **وهو الراجح** ـ فإن لم تزد الأجرة على القيمة . . أخذها بلا يمين ، وإن زادت . . أخذ قدرها ، وفي المصدق في الباقي الخلاف ، وهـٰذان الأمران يردان على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

رابعها : ظاهر إطلاقهم : تصديق المالك **على الراجح** في « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، والمرجوح في « التنبيه » يوهم استحقاقه المسمىٰ إذا حلف علىٰ نفي الإعارة وإثبات الإجارة إتماماً لتصديقه ، **والأصح** : أجرة المثل .

وقد أورد بعضهم علىٰ قول « المنهاج » [ص ٢٨٩] : (**فالمصدق المالك على المذهب**) أن ظاهره : أنه طريقة قاطعة ، وهو مخالف لما في « الروضة » إذ ليس فيها طريقة قاطعة بذلك ، بل طريقان ، **إحداهما** : القطع بأن المصدق الراكب ، **والثانية** : قولان . انتهىٰ[2] .

ولا يفهم من قول « المنهاج » : (**المذهب** كذا) القطع به ، بل يقتضي أن **المرجح** : ما ذكره ؛ إما مع القطع أو بدونه ، وعبارته في خطبته : (**وحيث أقول** : « **المذهب** » . . **فمن الطريقين أو الطرق**) انتهىٰ[3] .

وذلك لا يدل علىٰ ترجيح طريقة القطع ، والله أعلم .

٢٥٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥٠] : (**وإن قال صاحب الدابة** : « **أعرتكها** » **وقال الراكب** : « **بل أجرتني** » . . **فالقول قول صاحب الدابة**) صورة المسألة : أن تكون الدابة قد تلفت في يد الراكب ، أو هي باقية ولم تمض المدة التي ادعى الراكب وقوع عقد الإجارة عليها ، أما لو كانت باقية وقد انقضت المدة . . فلا يظهر للاختلاف فائدة .

٢٥٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**وإن قال صاحب الدابة** : « **غصبتني** » **وقال الراكب** : « **بل أعرتني** » . . **فالقول قول الراكب**) **الأصح** : إجراء القولين المتقدمين فيما لو قال المالك : (أجرت) والراكب : (أعرت) ، **وأصحهما** : تصديق المالك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » لما ذكر الصورة المتقدمة [ص ٢٨٩] : (**وكذا لو قال** : « **أعرتني** » **وقال** : « **بل غصبت مني** ») ، وكذا سوّى « الحاوي » بين الصورتين[4] ، وأقر النووي في « تصحيحه التنبيه » على الجزم بهـٰذا مع استدراكه

---

(١) الحاوي (ص ٣٥٠) ، المنهاج (ص ٢٨٩) .

(٢) الروضة (٤/٤٤٢) .

(٣) المنهاج (ص ٦٥) .

(٤) الحاوي (ص ٣٥٠) .

عليه في الصورة المتقدمة[1] ، ولم يذكر في « المهذب » أن أحداً صار إليه[2] وإن نقله المزني ، ولصورة المسألة شرطان :

أحدهما : أن يكون ذلك بعد مضي مدة لها أجرة ، وإلا . . فلا معنىٰ للاختلاف .

ثانيهما : أن تكون العين باقية ، فإن كانت تالفة . . فقد ذكره « المنهاج » في قوله [ص ٢٨٩] : (**فإن تلفت العين . . فقد اتفقا على الضمان**) لكن **الأصح** : أن العارية تضمن بقيمة يوم التلف ، فإن كان ما يدعيه المالك أكثر . . حلف للزيادة ، ومراده : تلفها في هـٰذه الصورة الأخيرة ، وهي اختلافهما في الإعارة والإجارة ؛ بدليل قوله : (**فقد اتفقا على الضمان**) ولم يتعرض « الحاوي » لهـٰذين الشرطين .

وأما إذا تلفت فيما قبلها . . فتقدم حكمه ، وتعبير « المنهاج » بالأصح[3] يقتضي أن الخلاف أوجه ، كما في « الروضة »[4] ، والذي في « المحرر » : (**أصح القولين**)[5] ، وفي « شرح الرافعي » : ثلاثة أوجه[6] ، وسماها الزجاجي أقوالاً ، وكلامه يقتضي تضمين العارية بالقيمة مطلقاً ، وقد تقدم ما فيه ، والله أعلم .

* * *

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٣٥٢) .
(٢) المهذب (١/ ٣٦٦) .
(٣) المنهاج (ص ٢٨٩) .
(٤) الروضة (٤/ ٤٤٤) .
(٥) المحرر (ص ٢١٠) .
(٦) فتح العزيز (٥/ ٣٩٢ ، ٣٩٣) .

كتاب الغصب

٢٥٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] : (**هو : الاستيلاء علىٰ حق الغير عدواناً**) أحسن من تعبير « المحرر » و« الحاوي » بـ (المال)[١] فإن الحق يشمل الكلب والسرجين وجلد الميتة وحبة الحنطة وحق التحجر ، وكذا المنافع ؛ كإقامة من قعد بمسجد أو موات أو استحق سكنىٰ بيت برباط ، قاله في « الدقائق »[٢] ، لكن تعبير « الحاوي » بـ (غير)[٣] أحسن من تعبير « المنهاج » بـ (الغير)[٤] لامتناع إدخال (أل) علىٰ (غيرٍ) وإن كثر في ألسنة الفقهاء .

وقوله : (**عدواناً**)[٥] مثل قول « الحاوي » [ص ٣٥١] : (**ظلماً**) ، ويرد عليهما : ما إذا أخذ مال غيره يظنه ماله . . فإنه غصب يضمن ضمان الغصوب ، وليس عدواناً ولا ظلماً ، ولا يرد ذلك علىٰ تعبير « الروضة » بقوله : (بغير حق)[٦] فالتعبير به أولىٰ ، وقد حكىٰ في « الروضة » وأصلها عن الإمام : أنه اختار هـٰذه العبارة ، وقال : لا حاجة إلى التقييد بالعدوان ، بل يثبت الغصب وحكمه من غير عدوان كهـٰذه الصورة ، لكن قال الرافعي : إن أشبه العبارات وأشهرها التعبير بالتعدي ، قال : والثابت في هـٰذه الصورة حكم الغصب لا حقيقته[٧] ؛ ولذلك قال شيخنا ابن النقيب : التعبير بعدواناً أحسن . انتهىٰ[٨] .

وفيه نظر ؛ لأن القصد بيان الغصب حكماً وشرعاً لا لغة ؛ ولذلك عبر في « الروضة » من زيادته بقوله : (بغير حق) بعد نقله كلام الرافعي المتقدم ، فكأنه لم يرضه ، لكن قال في « **المهمات** » : إن تعبيره به ذهول عما تقدم ، **والصواب** : (عدواناً) ، وقال في « المطلب » : إن أراد بالحق : ما وجب له ؛ كالمستأجر ونحوه . . خرج به الوكيل والمستعير والمودع ونحوهم ممن ليس له حق واجب في العين ، وإن أراد بالحق : الجائز . . فهو مساوٍ للتعبير بالعدوان ، قال في « **المهمات** » : وأقرب شيء فيه أن يقال : أراد بالحق : المسوغ في نفس الأمر . . فلا اعتراض . انتهىٰ .

---

(١) المحرر (ص ٢١١) ، الحاوي (ص ٣٥١) .

(٢) الدقائق (ص ٦٣) .

(٣) الحاوي (ص ٣٥١) .

(٤) المنهاج (ص ٢٩٠) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٠) .

(٦) الروضة (٥/٣) .

(٧) فتح العزيز (٥/٣٩٦ ، ٣٩٧) ، الروضة (٥/٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/١٧٠) .

(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١١٧) .

ويرد على العبارات كلها : السرقة ؛ فليست غصباً مع دخولها في تعريفه ، فينبغي أن يزاد : (جهراً) كما حكاه القاضي ، واستحسنه في « الشرح الصغير » .

٢٥٨٤ـ قول « الحاوي » في أمثلة المال [ص ٣٥١] : (**ومكاتباً**) مخالف لقوله في (الأيمان) : بعدم الحنث بالمكاتب فيما إذا حلف لا مال له[١] ؛ ولعل الفرق : اعتبار العرف هناك .

٢٥٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥١] : (**فلو ركب دابة أو جلس علىٰ فراش . . فغاصبٌ وإن لم يَنْقُلْ**) يقتضي أنه لا فرق بين أن يقصد الاستيلاء أم لا ، وبه صرح في أصل « الروضة »[٢] ، وهو مخالف لكلام الرافعي ؛ فإنه قال : ويشبه أن تصور المسألة بما إذا قصد الاستيلاء ، فإن لم يقصد . . ففي « التتمة » : أن في كونه غاصباً وجهين[٣] ، فأسقط في « الروضة » هـٰذا وقال ما تقدم .

قال السبكي : وفي تصحيح الغصب فيما إذا لم يقصد الاستيلاء نظر ، والذي في «فتاوى البغوي» : أنه لا يضمن ، وليس الوجهان في « التتمة » في كونه غاصباً ، بل في كونه ضامناً . انتهىٰ .

وفي « أصل الروضة » عن المتولي : أن هـٰذا إذا كان المالك غائباً ، فإن كان حاضراً فأزعجه وجلس على الفراش ، أو لم يزعجه وكان بحيث يمنعه من رفعه والتصرف فيه . . فيضمنه قطعاً ، قال الرافعي : وقياس العقار : ألاَّ يكون غاصباً إلا لنصفه . انتهىٰ[٤] .

وما بحثه الرافعي صرح به القاضي حسين ، لكن فيما إذا كان المالك يزجره فلم ينزجر ، وهي فرد مما دخل في كلام الرافعي ، قاله في « المهمات » .

ومقتضىٰ كلام المتولي : أنه لو حضر المالك فلم يزعجه ولا منعه التصرف فيه . . لم يكن غاصباً له .

٢٥٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] : (**ولو دخل داره**) أي : بأهله علىٰ هيئة من يقصد السكنىٰ ، كذا قيده في « الروضة » وأصلها[٥] ، وفي « المطلب » : إذا اجتمع الإزعاج والدخول . . فالأقرب أنه غصب وإن خلا عن هيئة السكنىٰ ، وهو يؤيد ما في « المنهاج »[٦] .

٢٥٨٧ـ قوله : (**وفي الثانية وجهٌ**)[٧] أي : فيما إذا أزعجه ولم يدخل .

---

(١) الحاوي (ص ٦٥٢) .
(٢) الروضة (٥/٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٠٦) .
(٤) فتح العزيز (٥/٤٠٦) ، الروضة (٥/٨) .
(٥) فتح العزيز (٥/٤٠٦) ، الروضة (٥/٨) .
(٦) المنهاج (ص ٢٩٠) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٠) .

اعترض عليه : بأنه لم يحكه في « الروضة » وأصلها إلا عن الغزالي ، وحكيا الأول عن مقتضىٰ كلام عامة الأصحاب[1] ، فليس في المسألة نقل صريح ؛ ولذلك قال في « المحرر » : (**فالأشبه : أنه غاصب**)[2] .

٢٥٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥١] : (**فيما لو دخل بقصد الاستيلاء والمالك فيها ولم يزعجه . . فغاصبٌ لنصف الدار إلا أن يكون ضعيفاً لا يُعدُّ مستولياً علىٰ صاحب الدار**) قياسه : أنه لو كان المالك ضعيفاً والداخل قوياً . . يكون غاصباً لجميعها ، ولم يصرحوا به .

٢٥٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**إذا غصب شيئاً له قيمة . . ضمنه بالغصب** ـ أي : عند التلف ـ **ويلزمه رده**) أي : عند البقاء .

ولزوم الرد لا يتوقف علىٰ أن يكون له قيمة ، فيلزم رد الكلب الذي فيه منفعة ، والخمرة المحترمة ، وحبة الحنطة وإن لم يكن لها قيمة ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » أن على الغاصب الرد[3] ، لكنه عقبه بقوله [ص ٢٩٠] : (**فإن تلف عنده . . ضمنه**) ، ولا بد من تقييد هـٰذا الثاني بأن يكون متقوماً ، وحاصل هـٰذا : أن الرد مطلق والضمان مقيد ، فقيدهما « التنبيه » ، وأطلقهما « المنهاج » ، وكلاهما معترض .

وشرط الضمان أيضاً : أن يكون المتلف أهلاً للضمان لا كحربي .

وذكر شيخنا الإمام ابن النقيب أن قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] : (**تلف**) لا يتناول ما إذا أتلفه هو أو أجنبي ، لكنه مأخوذ من باب أولىٰ[4] .

وفيه نظر ؛ فإن المتلف قد تلف ، وعبر « التنبيه » بقوله [ص ١١٤] : (**وإن تلف المغصوب عنده أو أتلفه**) فأورد عليه : ما إذا أتلفه أجنبي ، وذلك الإيراد واضح ؛ لأنه لما ذكر الإتلاف بعد التلف . . علمنا أنه أراد : التلف بآفة ، فلا معنىٰ لتقييد الإتلاف بأن يكون هو المتلف ، والله أعلم .

فلو غصب من غير المالك . . برىء بالرد إلى المودع والمستأجر **في الأصح** ، لا إلى الملتقط ، وفي المستام والمستعير وجهان .

٢٥٩٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣٥١] : (**ورد المغصوب بالزائد وضمنه ولو بفعله**) أي : يضمن الزائد ولو حصلت الزيادة بفعله .

---

(١) فتح العزيز (٥/٤٠٦) ، الروضة (٥/٨) ، وانظر « الوسيط » (٣/٣٨٧) .
(٢) المحرر (ص ٢١١) .
(٣) المنهاج (ص ٢٩٠) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١١٩) .

قد يدخل فيه : ما لو زادت قيمة الجارية بتعليم الغناء ثم نسيته ، لكن قال الرافعي : نقل الروياني عن النص : أنه لا يضمن النقص ؛ لأنه محرم ، وعن بعض الأصحاب : أنه يضمنه ، قال : وهو الاختيار[1] ، قال النووي : **الأصح المختار** : هو النص . انتهىٰ[2] .

والتعليل بكونه محرماً مخالف للمصحح في (الشهادات) من الكراهة فقط .

٢٥٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] : (**ولو أتلف مالاً في يد مالكه . . ضمنه**) ليست هـٰذه المسألة من الغصب ، لكن الأصحاب استطردوا بذكر العدوان سواء كان باليد العادية وهو الغصب ، أو بالمباشرة كهـٰذه ، أو بالتسبب ؛ كفتح القفص ونحوه مما سيذكر .

٢٥٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] : (**وإن فتح زقاً فيه مائع فاندفق ما فيه . . ضمن**) فصّل ذلك « المنهاج » إلىٰ مطروح على الأرض ومنصوب ، فقال [ص ٢٩٠] : (**ولو فتح رأس زق مطروح على الأرض فخرج ما فيه بالفتح ، أو منصوب فسقط بالفتح وخرج ما فيه . . ضمن**) ، وصور في « أصل الروضة » سقوطه بالفتح : بأن كان يحرك الوكاء ويجذبه حتىٰ أفضىٰ إلى السقوط ، وبما إذا فتح رأسه فأخذ ما فيه في التقاطر شيئاً فشيئاً حتى ابتل أسفله وسقط[3] ، فقول « الحاوي » [ص ٣٥٣] : (**وفتح زقاً فتقاطر وسقط**) اقتصار علىٰ إحدى الصورتين ، وكأن الأولىٰ واضحة مفهومة من طريق الأَولىٰ ، فلو حضر المالك وأمكنه التدارك فلم يفعل . . فوجهان .

٢٥٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٠] : (**وإن سقط بعارض ريحٍ . . لم يضمن**) التقييد بالعروض يفهم الضمان بالمقارن ، قال شيخنا ابن النقيب : **وهو متجه** ؛ كتفريقهم في إيقاد النار بينهما ، وجوز في « المطلب » تخريجه على الخلاف في وضع الصبي في مسبعةٍ[4] فافترس ، **والأصح فيه** : **عدم الضمان** ، قال ابن النقيب : **والصواب** : الأول[5] .

وعبارة « الحاوي » [ص ٣٥٣] : (**لا إن سقط بريح**) ، فلم يقيدها بالعروض ، لكن التقييد في « الروضة » وأصلها[6] .

وفي معنى الريح : الزلزلة ووقوع طير ، وعبارة « التنبيه » [ص ١١٦] : (**وإن بقي ساعة ثم وقع بالريح فسال ما فيه . . لم يضمن**) .

٢٥٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] : (فيما لو فتح قفصاً عن طائر فطار عقب الفتح . . فيه قولان ،

---

(١) فتح العزيز (٥/٤٥١) ، وانظر « بحر المذهب » (٩/٣٥) .
(٢) انظر « الروضة » (٥/٤٣) .
(٣) فتح العزيز (٥/٤٠٠) ، الروضة (٥/٤) .
(٤) **المسبعة** : الأرض الكثيرة السباع . انظر « المعجم الوسيط » (١/٤١٦) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٢٠ ، ١٢١) .
(٦) فتح العزيز (٥/٤٠٠) ، الروضة (٥/٤) .

أصحهما : أنه لا يضمن) تبع فيه القاضي أبا الطيب ، **والأصح** : الضمان ، ومحلهما : ما إذا لم يهيجه ، فإن هيجه . . ضمن قطعاً ، وقد أوضح ذلك « المنهاج »[1] ، لكن قوله : (**فالأظهر : أنه إن طار في الحال . . ضمن ، وإن وقف ثم طار . . فلا**)[2] موافق لعبارة « الروضة » ، ومخالف لكلام « الشرحين » فيما إذا وقف ثم طار ؛ فإن فيها ترجيح القطع بعدم الضمان[3] .

ثم إن الحكم لا يختص بالطائر ؛ ففتح الإصطبل عن الدابة والسجن عن العبد المجنون كذلك ؛ ولهٰذا عبر « الحاوي » بـ (غير العاقل)[4] ، وهو شامل للجميع .

٢٥٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] : (**وإن سقىٰ أرضه فأسرف حتىٰ أهلك أرض غيره ، أو أجج ناراً علىٰ سطحه فأسرف حتىٰ تعدىٰ إلىٰ سطح غيره . . ضمن**) فيه أمران :

أحدهما : يرد علىٰ تقييده بالإسراف في الأولىٰ : ما إذا لم يسرف ، ولكن كان فيها شق وهو عالم به فلم يحتط . . فيضمن ، ذكره الرافعي في (الديات)[5] ، وحكاه في « الكفاية » هنا عن البندنيجي ، قال القاضي حسين : وكذا لو لم يعلم به ، وفيه نظر .

وفي الثانية : ما إذا كان التأجيج وقت هبوب الريح . . فيضمن وإن لم يُسرف ؛ ولذلك قال « الحاوي » في (الجنايات) [ص ٥٥٠] : (**وأوقد في سطحٍ يومَ ريحٍ**) ، والتقييد بيوم الريح محله : ما إذا كان الإيقاد علىٰ سطح ملكه ، فإن كان علىٰ سطح غيره . . ضمن مطلقاً .

ثانيهما : لو قال : (فأتلف شيئاً) . . كان أعم وأخصر من قوله : (**فأهلك أرض غيره**) ، و(**حتىٰ تعدىٰ إلىٰ سطح غيره**) .

٢٥٩٦ـ قول « الحاوي » عطفاً على المنفي [ص ٣٥٣ ، ٣٥٤] : (**أو حبسه فهلكت ماشيته**) أي : فلا يضمن ، قال الرافعي : كذا قالوه ؛ ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية ، وإنما قصد حبسه فأفضى الأمر إلىٰ هلاكها ؛ فإن المتولي حكىٰ وجهين في الضمان فيما لو منعه سقي زرعه حتىٰ فسد[6] ، قال النووي : **الأصح** في صورتي الماشية والسقي : أنه لا ضمان[7] .

٢٥٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي »[ص ٣٥٧] : (**والأيدي المترتبة علىٰ يد الغاصب أيدي ضمان**) يستثنىٰ منه : يد الحاكم وأمينه ، ومن انتزع المغصوب ليرده لمالكه

---

(١) المنهاج (ص ٢٩١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٩١) .
(٣) فتح العزيز (٥/٤٠٢) ، الروضة (٥/٥) .
(٤) الحاوي (ص ٣٥٣) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/٤٢٥ ، ٤٢٦) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٠٤) .
(٧) انظر « الروضة » (٥/٧) .

إن كان الغاصب حربياً أو عبداً للمغصوب منه ، وكذا غيرهما في وجه ، وقال السبكي : **الحق** : أن لآحاد الناس انتزاع المغصوب من الغاصب ، وقد نص عليه الشافعي في (سير الواقدي) فقال : إذا دخل المسلم دار الحرب ووجد مال غيره من المسلمين أو أهل الذمة مما غصبه المشركون . . كان له أن يخرج به[1] .

قلت : النص المذكور في الحربي ، وليس ضامناً ، فلا نعدِّي ذلك لغيره ممن هو ضامن ، والله أعلم .

٢٥٩٨ـ قولهما أيضاً : (**ثم إن علم . . فكغاصبٍ من غاصبٍ ، فيستقر عليه ضمان ما تلف عنده**)[2] يستثنىٰ : ما لو كانت القيمة في يد الأول أكثر . . فالمطالب بالزيادة هو الأول خاصة .

٢٥٩٩ـ قول « التنبيه » فيما إذا كان المغصوب طعاماً فأطعمه إنساناً [ص ١١٥ ، ١١٦] : (**وإن قدمه إليه ولم يقل : هو لي أو مغصوب ، فضمن الآكل . . رجع في أحد القولين دون الآخر**) **الأصح** : أن قرار الضمان في هـٰذه الصورة على الآكل . . فلا يرجع ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٩١] : (**وإن حمله الغاصب عليه ؛ بأن قدَّم له طعاماً مغصوباً ضيافة فأكله . . فكذا في الأظهر**) أي : القرار على الآكل ، ومحل القولين : عند جهل الآكل ، فإن علم . . فالقرار عليه قطعاً ، أما لو قال : (هو لي) : فإن ضمن الآكل . . لم يرجع على الغاصب في **الأظهر** ، وإن ضمن الغاصب . . لم يرجع **على المذهب** ؛ لأنه معترف بأنه مظلوم ، فلا يرجع علىٰ غير ظالمه ، فليس القرار حينئذ علىٰ واحد منهما .

وقد ذكر هـٰذه المسألة « التنبيه »[3] ، ولم يتعرض « المنهاج » للتصريح بها[4] ، وقد يُدعىٰ دخولها في عبارته ؛ لصدق التقديم ضيافة عليها ، لكن يبقىٰ مقتضىٰ عبارته أن القرار على الآكل ، وليس كذلك كما عرفت ، بل من غرم منهما لا يرجع على الآخر .

٢٦٠٠ـ قول « التنبيه » فيما إذا أطعم المغصوب منه المغصوب [ص ١١٦] : (**وإن لم يعلم . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه يبرأ ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[5] .

٢٦٠١ـ قول « التنبيه » فيما إذا أودع المالك العين المغصوبة عند الغاصب [ص ١١٦] : (**فقد قيل : يبرأ ، وقيل : لا يبرأ**) **الأصح** : أنه يبرأ ، ذكره في « التصحيح » هنا[6] ، وهو في

---

(١) انظر « الأم » (٤/٢٦٨) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٣٥٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٩١) .
(٣) التنبيه (ص ١١٦) .
(٤) المنهاج (ص ٢٩١) .
(٥) الحاوي (ص ٣٥٨) ، المنهاج (ص ٢٩١) .
(٦) تصحيح التنبيه (١/٣٥٥) .

« المنهاج » و« الحاوي » في (الرهن)[1] ، أما لو أودعه الغاصب للمالك .. لم يبرأ بذلك من ضمانه ، ذكره « الحاوي » هنا ، فقال [ص ٣٥٨] : (**لا بالإيداع**) ، وعبارته موهمة لقوله بعدها [ص ٣٥٨] : (**والقتل دفعا**) ، وقد عُرف أن الإيداع من الغاصب والدفع من المالك ، وليست هـٰذه الصورة الثانية في « المنهاج » .

فصل

[ضمان المغصوب]

٢٦٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩١] : (**تُضمن نفس الرقيق بقيمته أُتلف أو تَلِفَ تحت يدٍ عاديةٍ**) كذا في كتب الرافعي والنووي[2] ، ولو قالا : (ضامنة) .. لكان أعم ؛ لتناوله المستعير والمستام وغيرهما ممن يضمن وليس متعدياً ، ولكن الباب معقود للتعدي ، فاقتصر علىٰ ذكره .

٢٦٠٣ـ قوله : (**وأبعاضه التي لا يتقدر أرشها من الحُرِّ بما نقص من قيمته**)[3] يقتضي نفي الخلاف فيه ، وكذا صرح به في « الروضة » في (الديات)[4] ، لكن قال المتولي : لو كانت الجناية في يد أو رجل وقلنا : يلزمه بسبب قطع ذلك العضو مقدر وكان الناقص أكثر منه أو مثله .. فلا نوجب جميعه ؛ لئلا تزيد الجناية بخلل في العضو علىٰ نفس العضو ، ويوجب الحاكم حكومة باجتهاده ، نقله شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : وهو تفصيل لا بد منه ، وإطلاق من أطلق يحمل عليه .

٢٦٠٤ـ قوله في المقدرة إذا تلفت : (**وعلى الجديد : تتقدر من الرقيق ، والقيمة فيه كالدية في الحر ، ففي يده نصف قيمته**)[5] محله : ما إذا لم تنقص عن أرش ما نقص من القيمة ، فإن نقص .. وجب أرش النقص ، فالواجب : أكثر الأمرين من أرش النقص والمقدر ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٥٢] : (**بالأكثر من النقص والمقدر**) .

٢٦٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩١] : (**وسائر الحيوان بالقيمة**) ، قال شيخنا الإسنوي : أي : تُضمن أعضاؤه بما نقص من القيمة ، قال : هـٰذا مراده ، وأما ما دل عليه كلامه وهو تلف النفس .. فلا تستقيم إرادته ؛ لأنه لا فرق فيه بين الآدمي وغيره ، فلا تستقيم التفرقة .

---

(١) الحاوي (ص ٣٥٨) ، المنهاج (ص ٢٩١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٤١٢) ، و« الروضة » (٥/١٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٩١) .
(٤) الروضة (٩/٣١٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٩١) .

قال شيخنا ابن النقيب : لكن لا يُعلم من هـٰذا التفسير بماذا تضمن نفسه ، فلو حمل علىٰ ما هو أعم من النفس والأبعاض . . لكان أحسن(١) .

قلت : وتستقيم التفرقة ؛ للتفصيل في الآدمي ، والإطلاق في غيره .

٢٦٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥١] : (**والأصح : أن المثلي : ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه**) استحسنه الرافعي ، وقال : لا يقال : كل مكيل أو موزون ؛ لأن المفهوم منهما ما يعتاد كيله أو وزنه ، فيخرج عنه الماء والتراب ، وهما مثليان(٢) .

واختار الإمام السبكي وشيخنا الإسنوي أنه لا فرق ؛ فإن المراد : ما لو قدر . . لقدر بأحدهما وهما كذلك ، وليس المراد : ما أمكن وزنه ؛ فإن كل مال يمكن وزنه .

واعلم : أن ابن الصلاح قال : إن المعيب ليس بمثلي ، ويجب فيه قيمة مثله ، فيرد ذلك علىٰ عبارتهم ؛ لصدق الضابط عليه .

٢٦٠٧ـ قول « المنهاج » في أمثلة المثلي [ص ٢٩١] : (**وعنبٍ**) مخالف لنقله في زكاة المعشرات عن الأكثرين : إيجاب القيمة فيما إذا أتلف المالك الثمرة بعد الخرص ، ونقله قبل ذلك عن النص ، قال في « المهمات » : وحينئذ . . يكون المفتىٰ به : أنه متقوم ؛ لنص الشافعي وذهاب الأكثرين إليه .

٢٦٠٨ـ قوله : (**ودقيقٍ**)(٣) ، قال شيخنا ابن النقيب : ذكر في « الروضة » بعد ذلك ما يفهم أن الدقيق متقوم(٤) .

قلت : وكأنه أشار بذلك إلىٰ قوله : إنه لا يصح إطلاق الجواب بغرم المثل ولا القيمة فيما إذا غصب حنطة في الغلاء فتلفت عنده ثم طولب في الرخص ، بل **الصواب** : أن يقال : إن تلفت وهي حنطة . . غرم المثل ، وإن صارت إلىٰ حالة التقويم ثم تلفت . . فالقيمة ، لكن هـٰذا إنما بناه علىٰ أن الدقيق ليس مثلياً كما صرح به في أول كلامه ، فليس في المذكور بعد ذلك مخالفة للمذكور هنا .

٢٦٠٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فيضمن المثلي بمثله تَلِفَ أو أُتْلِفَ**)(٥) يستثنىٰ منه أمور :

أحدها : إذا لم يكن للمثل عند المطالبة قيمة ؛ كما إذا أتلف الماء في المفازة وطولب عند نهر ، أو الجمد في الصيف وطولب في الشتاء . . فإنه يلزمه قيمته في مكان الإتلاف وزمانه ، قال شيخنا

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٢٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٤٢١/٤) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٩١) .
(٤) الروضة (٥/٢٤) ، وانظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (١٢٧/٤) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١٤) ، و« الحاوي » (ص ٣٥١) ، و« المنهاج » (ص ٢٩١) .

ابن النقيب : ومقتضىٰ كلامهم : التصوير بما إذا لم يكن له في البلد والشتاء قيمة ألبتة ، فإن كانت ولو يسيرة . . وجب المثل ، وهو مشكل[1] .

قلت : لا إشكال فيه ؛ لأن الأصل المثل ، وإنما يعدل عنه إذا لم يصر له في تلك الحالة مالية ، ولا نظر إلىٰ زيادة قيمة المثل ونقصها ، كما لا نظر إلىٰ تفاوت الأسعار عند رد العين **على المذهب** .

ثانيها : الحلي ، فإذا أتلف حلياً من ذهب أو فضة أو آنية ، وجوزنا اتخاذها . . **فالأصح** : ضمان الكل بنقد البلد وإن كان من جنسه ، ولا رباً ؛ لاختصاصه بالعقود ، وقد ذكره « التنبيه » بعد ذلك[2] .

ثالثها : ما إذا لم يجد المثل إلا بأكثر من ثمن مثله . . **فالأصح** في زوائد « الروضة » : أنه لا يلزمه تحصيله[3] ، وقد تبع فيه « التنبيه » حيث قال [ص ١١٤] : (**فإن أعوزه المثل أو وجده بأكثر من ثمن المثل . . ضمنه بقيمته**) ، ولم يصرح الرافعي بترجيح ، بل حكىٰ هـٰذا عن تصحيح الغزالي وآخرين ، واللزوم عن تصحيح البغوي والروياني[4] ، واستشكل شيخنا ابن النقيب ما صححه في « الروضة »[5] ، وسبقه لذلك شيخه السبكي .

رابعها : ما إذا ظفر بالغاصب في غير بلد التلف . . **فالصحيح** : أنه لا يطالبه بالمثل إن كان لنقله مؤنة ، بل يغرّمه قيمة بلد التلف ، وقد ذكره « المنهاج »[6] ، وأشار إليه « الحاوي » بعد ذلك[7] .

خامسها : لو تراضيا علىٰ أخذ القيمة مع وجود المثل . . جاز علىٰ أحد وجهين ، **صححه** السبكي ، فعلىٰ هـٰذا : لا يتعين المثل .

سادسها : المستعير والمستام لا يضمنان المثلي بالمثل ، بل بالقيمة ، وعنهما احترز « المحرر » بقوله : (تحت اليد العادية)[8] ، فَحَذْفُ « المنهاج » لذلك ليس بجيد ، وكأنه اكتفىٰ بأن الكلام في الغصب ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » و« الحاوي » لتصريحهما بأن الكلام في المغصوب .

سابعها : يرد عليهم : القمح المختلط بالشعير ؛ فإنه لا يجوز السلم فيه ، ومع ذلك فإنه يضمن بالمثل .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (١٢٨/٤) .
(٢) التنبيه (ص ١١٤) .
(٣) الروضة (٢٥/٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٤٢٩/٥ ، ٤٣٠) .
(٥) الروضة (٢٥/٥) ، وانظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (١٢٨/٤) .
(٦) المنهاج (ص ٢٩٢) .
(٧) الحاوي (ص٣٥٢) .
(٨) المحرر (ص ٢١٢) .

ثامنها : عبارة « المنهاج » أعم من قول « التنبيه » [ص ١١٤] : (**وإن تلف المغصوب عنده أو أتلفه**) فإنها تتناول ما لو أتلفه أجنبي ؛ لبنائه فعل الإتلاف للمفعول ، واقتصر « الحاوي » على التلف[١] ، وهو حسن ؛ فإنه إذا أتلف . . تلف .

فإن قلت : فلا إيراد إذاً على « التنبيه » .

قلت : لما جمع بينهما . . دلَّ علىٰ أنه أراد : التلف بغير فعل ، بل بآفة . . فلا بد أن يأتي في الإتلاف بعبارة تتناول إتلاف الغاصب والأجنبي ، بخلاف عبارة من اقتصر على التلف .

٢٦١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩١] : (**فإن تعذر . . فالقيمة**) أي : قيمة المثل ، وقد صرح به « التنبيه »[٢] ، وعبارة « الحاوي » مثل « المنهاج » في الإبهام[٣] .

قال السبكي : الوجوب يتعلق بالعين ما دامت باقية وبنوعها ، وهو أعم منها إذا تلفت ، وبماليتها ـ وهي القيمة ـ إذا تعذر المثل ، قال : ومن هنا يعلم أن الواجب : قيمة المثل لا قيمة المغصوب ، ثم قال : وصواب العبارة : أنا إذا قومنا شيئاً . . أن نقول : قيمته لا قيمة مثله ، وقولهم : (ثمن المثل ، وأجرة المثل ، ومهر المثل) احتراز من المسمىٰ .

٢٦١١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٤] : (**ضمنه بقيمة المثل وقت المحاكمة والتأدية**) ثم قال : (**وقيل : عليه قيمة أكثر ما كانت من حين القبض إلىٰ حين تعذر المثل**) هـٰذا الأخير هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وصورة كلامهما : ما إذا كان المثل موجوداً عند التلف فلم يسلمه حتىٰ فقد ، وقد صرح بتصويره بذلك في « المحرر »[٥] ، أما إذا كان المثل مفقوداً عند التلف . . **فقياس الأصح** المتقدم ذكره : وجوب الأكثر من الغصب إلى التلف ، وفي أصل المسألة في « الروضة » وأصلها أحد عشر وجهاً[٦] ، وحكىٰ في « الكفاية » وجهاً زائداً ، وهو : اعتبار الأقصىٰ من الغصب إلىٰ يوم الأخذ ، ثم رجع عنه في « المطلب » ، قال السبكي : وذلك لكونه غير منقول صريحاً ، ولكنه ينشأ من كلام الأصحاب ، قال : وربما يترجح علىٰ سائر الوجوه ، فلا بأس بالمصير إليه . انتهىٰ .

٢٦١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**ولو نقل المغصوب المثلي إلىٰ بلد آخر . . فللمالك أن يكلفه رده**) فيه أمران :

---

(١) الحاوي (ص ٣٥١) .
(٢) التنبيه (ص ١١٤) .
(٣) الحاوي (ص ٣٥٢) .
(٤) الحاوي (ص ٣٥١) ، المنهاج (ص ٢٩١ ، ٢٩٢) .
(٥) المحرر (ص ٢١٣) .
(٦) فتح العزيز (٥/ ٤٢٢ ، ٤٢٣) ، الروضة (٥/ ٢٠) .

أحدهما : لا يختص ذلك بالنقل إلىٰ بلد آخر ، ولا بكون المغصوب مثلياً ، فعلى الغاصب الرد مطلقاً كما تقدم ، ولو لم يكلفه المالك ذلك ، ففي عبارته تكرير مع نقص ، وكأنه إنما ذكره ؛ لأنه لو اقتصر علىٰ أن له المطالبة بالقيمة في الحال . . لتوهم أنه ليس له سوىٰ ذلك ، مع أن له الجمع بينهما ؛ فهما حقان واجبان في الحال ، وعبارة « التنبيه » [ص ١١٤] : (**وإن ذهب المغصوب من اليد ولم يتلف**) .

وقد يرد عليهما : أن له المطالبة بالبدل وإن لم يذهب من اليد بأن نقله إلىٰ بلدة أخرىٰ ويده عليه ، فلا يكلف المالك الصبر إلىٰ إحضاره ، بل له المطالبة ببدله في الحال ، واقتصر « الحاوي » أيضاً على التمثيل بالإباق[1] .

ثانيهما : محل تكليفه رده : إذا عُلم مكانه .

٢٦١٣ـ قوله : (**وأن يطالبه بالقيمة في الحال**)[2] صريح في المطالبة بالقيمة في المثلي ؛ لفرضه المسألة في المثلي ، وذكر « الحاوي » القيمة أيضاً ، لكنه مثل بالإباق[3] ، وإنما يتصور في متقوم ، وعبارة « الروضة » وأصلها : في أعم من المثلي والمتقوم[4] ، واقتصرا علىٰ تضمين القيمة ، ومقتضاه : عدم الفرق ، وعبارة « التنبيه » [ص ١١٤] : (**ضمن البدل**) ، وهو محتمل ، وقال شيخنا ابن النقيب : ينبغي وجوب المثل في المثلي ، وكلامهم كالصريح في القيمة مطلقاً ، قالوا : والاعتبار بأقصى القيم من الغصب إلى المطالبة ، قال شيخنا ابن النقيب : وينبغي إذا زادت القيمة بعد ذلك . . أن يطالب بالزائد ، وقيد الماوردي المطالبة بالقيمة ببُعد المسافة ، فإن قربت . . فالرد فقط[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مباين للطريقة المشهورة .

٢٦١٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإذا رده . . ردها**)[6] أي : وجوباً في الراجح ، والمراد : إذا بقيت ، فإن تلفت . . رد بدلها ، وفي زيادة « الروضة » : أنه يردها بزيادتها المتصلة ، ثم قال : قال القاضي أبو الطيب والجرجاني : هـٰذا إذا تصور كون القيمة مما يزيد ؛ أي : أن القيمة النقد ، ولا زيادة له[7] .

---

(١) الحاوي (ص ٣٥٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٢) .
(٣) الحاوي (ص ٣٥٢) .
(٤) فتح العزيز (٥/ ٤٢٤) ، الروضة (٥/ ٢٢) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٣١) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١١٤) ، و« الحاوي » (ص ٣٥٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٢) .
(٧) الروضة (٥/ ٢٧) .

وقال في « الكفاية » : طريق الجواب عنه : أن يكون المالك اعتاض عن القيمة شاة مثلاً ؛ فإن عند القاضي أبي الطيب إذا استبدل من له ثمن في ذمة شخص عنه عيناً ، ثم رد المبيع بعيب . . أن له أن يسترجع العين ، ووزانه : أن يسترجع الشاة هنا ، وعلىٰ ذلك يحمل ما قالوه ، وبه صور الروياني في « البحر » المسألة . انتهىٰ .

قلت : لكن **الراجح** : خلاف ما قاله أبو الطيب ، وقال السبكي : رأيت علىٰ حاشية تمثيله ببلد يتعاملون فيه بالحيوان .

٢٦١٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٥٢] : (**ويحبس الآبق ليسترد قيمته**) تبع فيه « الوجيز »[١] ، وحكاه القاضي حسين عن نص الشافعي ، **واختار الإمام المنع**[٢] ، قال الرافعي : ويشبه أن يكون حبس الغاصب كحبس المشتري في الشراء الفاسد ، **والأصح** فيه : المنع[٣] .

٢٦١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**فإن تلف في البلد المنقول إليه . . طالبه بالمثل في أيِّ البلدين شاء**) كذا فيما وصل إليه مما بينهما ، بل لو أعاده الغاصب إلىٰ بلده فتلف فيه . . فالتخيير بحاله .

٢٦١٧ـ قوله : (**فإن فُقد المثل . . غرمه قيمته**)[٤] المراد : قيمة أكثر البلدين ، **قال السبكي** : كذا جزموا به ، وتقدم لنا وجوه أكثر من عشرة ، ولا منافاة بين جزمهم هنا واختلافهم ثم إذا تُؤُمِّل ، لكن إذا غرمه قيمة البلد المنقول إليه ، فاختلفت القيمة بالنسبة إلىٰ يوم الغصب والتلف والطلب . . **فالوجه** : أن تجري فيه الأوجه المتقدمة ، لكن لا تعتبر قيمة يوم الغصب ولا الأقصىٰ منه ، بل يجعل عوضه يوم الوصول إلىٰ تلك البلد . انتهىٰ .

٢٦١٨ـ قوله : (**ولو ظفر بالغاصب في غير بلد التلف . . فالصحيح : أنه إن كان لا مؤنة لنقله ؛ كالنقد . . فله مطالبته بالمثل ، وإلا . . فلا يطالبه بالمثل ، بل يغرمه قيمة بلد التلف**)[٥] فيه أمور :

أحدها : قال شيخنا ابن النقيب : أي : والمغصوب مثلي ، والمثل موجود[٦] .

قلت : لا حاجة لهٰذا التقييد ؛ لأن الكلام في المثلي ، وقد قال عقبه : (**وأما المتقوم . . .**)[٧] فذكر حكمه ، وفقد المثل سبق الكلام عليه .

---

(١) الوجيز (١/ ٣٨٢) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٢٨٧ ، ٢٨٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٤٣١) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٢) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٢) .

(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٣٣) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٢) .

ثانيها : بعد أن حكى الرافعي هٰذا عن الأكثرين حكىٰ عن الشيخ أبي علي وأبي عاصم : أنه إن كانت قيمة ذلك البلد مثل قيمة بلد التلف أو أقل . . طالبه بالمثل ، وإلا . . فلا[1] .

قال في « المهمات » : وجزم به البندنيجي والقاضي أبو الطيب والماوردي وابن الصباغ وغيرهم ، وذكر الزبيلي في « أدب القضاء » عن الشافعي : أنه قال : لأنا لو حملناه على المثل . . لكان في ذلك ضرر وإتلاف مال ؛ لاختلاف الأسعار ، قال في « المهمات » : والتعليل صريح في تصوير المسألة واختصاصها بذلك ، وقد تظافرت النقول عليه ، وساعده المعنىٰ ؛ لفقد الضرر ، وحمل الإطلاق عليه سهل لا مانع منه . انتهىٰ .

ثالثها : تعين قيمة بلد التلف محله : إذا لم ينتقل المغصوب عن موضعه ، وإلا . . فقيمة أكثر البقاع كما تقدم .

رابعها : قال شيخنا الإمام البلقيني : كلام الإمام في « النهاية » يدل علىٰ أنه يجيء في القيمة الأوجه في الإعواز ، وقد يتخيل أن الأقرب اعتبار وقت المطالبة كما في نظيره من القرض ؛ لأنه أخذ القيمة عن مثل موجود ، لكن الأول أقيس ؛ لأنه غير متعد في القرض بخلاف الغصب ، فوجب أن يقال : يجب أقصى القيم من الغصب إلى المطالبة ؛ لأن بها تحقق الإعواز . انتهىٰ بمعناه[2] .

٢٦١٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وأما المتقوم . . فيُضمن بأقصىٰ قيمه من الغصب إلى التلف**)[3] محله : في العين ، أما المنفعة . . **فالأصح** : أنها تضمن في كل بعض من أبعاض المدة بأجرة مثلها فيه ، والثاني : كذلك إن كانت في الأول أقل ، وإلا . . ضمنها بالأكثر ، والثالث : بالأكثر ، حكاها في « أصل الروضة » أوجهاً عن حكاية أبي سعد الهروي[4] ، وإنما هي احتمالات له ذكرها في « الإشراف » ، وصرح بأن المسألة غير منقولة ، ويوافق الأول ما ذكره في « أصل الروضة » قبل ذلك : فيما إذا دخل المغصوب نقص . . أن الأجرة الواجبة لما قبل حدوث النقص أجرة مثله سليماً ، ولما بعده أجرة مثله معيباً[5] .

٢٦٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٤] : (**وتجب قيمته من نقد البلد الذي غُصب فيه**) المجزوم به في « أصل الروضة » : اعتبار نقد البلد الذي تلف فيه[6] ، وعليه مشى « الحاوي »[7] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٤٢٥) .
(٢) نهاية المطلب (٧/ ١٧٦) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١١٤) ، و« الحاوي » (ص ٣٥٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٢) .
(٤) فتح العزيز (٥/ ٤٣٢) ، الروضة (٥/ ٢٧) .
(٥) فتح العزيز (٥/ ٤١٨) ، الروضة (٥/ ١٦) .
(٦) فتح العزيز (٥/ ٤٣٠) ، الروضة (٥/ ٢٥) .
(٧) الحاوي (ص ٣٥٢) .

قال في « الكفاية » : وما قاله في « التنبيه » متجه إذا كانت قيمة بلد الغصب أكثر أو أروج ، وقد اعتبر في « الوسيط » قيمة بلد الغصب في مثلي تلف ببلد آخر ، وظفر به بثالث ، وقلنا : لا يطالب بالمثل في غير موضع التلف ؛ حيث قال : يخير بين قيمة بلد الغصب وبلد التلف ، وغاية الأمر حينئذ : إيهام كلام الشيخ الحصر في بلد الغصب ، وهو أسهل من نقله ما لم يقله أحد . انتهىٰ[1] .

وقال السبكي : ينبغي اعتبار أكثر البلدين قيمة كما في المثلي ، وقال بعضهم : أراد « التنبيه » بالغصب : التلف ، فعبر بالسبب ، وهو الغصب عن المسبب ، وهو التلف .

وقال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » و« تنقيحه » : **الأصح** : وجوب قيمة أكثر البلدين إذا نقل المغصوب إلىٰ بلد أخرىٰ . انتهىٰ[2] .

فجعل المسألة ذات اختلاف وتصحيح ، ولم أر ذلك في المتقوم ، وليس كلام « التنبيه » وغيره في أكثر القيمتين ؛ فإن اعتبار الأكثر لا شك فيه ، وإنما الكلام في النقد ، ولا يتعلق بتعيينه كثرة ولا قلة ، والله أعلم .

وقال في « المهمات » : ما أطلقه ؛ أي : في « أصل الروضة » من وجوب نقد بلد التلف محمول علىٰ ما إذا لم ينقله ، فإن نقله . . قال في « الكفاية » : **فيتجه أن يُعتبر نقد البلد الذي تعتبر** قيمته ، وهو أكثر البلدين قيمة ، قال : وفي « البحر » عن والده ما يقاربه . انتهىٰ[3] .

وهو كلام محرر ، بخلاف كلام « التصحيح » و« التنقيح »[4] .

٢٦٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**ولا تُضمن الخمر**) هو علىٰ إطلاقه ، وأما تقييد « الحاوي » بالمحترمة وللذمي . . فليس لاختصاص الحكم بهما ، فغيرهما من طريق الأولىٰ ، وإنما ذكر هـٰذا القيد ؛ لقوله عقبه : (**وتُرَدُّ**)[5] ، والرد مختص بهما ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١١٦] : (**وإن غصب خمراً من ذمي . . وجب ردها عليه ، وإن أتلفها . . لم يضمن**) ، وفي المحترمة وجه : أنها تضمن بناء علىٰ طهارتها .

واعلم : أن النبيذ لا يضمن أيضاً كالخمر مع أن اسمها لا يتناوله ، كما حكاه الرافعي عن الأكثرين[6] ، وكذلك الحشيشة يتجه إلحاقها بالخمر ، كما قاله شيخنا ابن النقيب[7] ؛ أي : فلا

---

(١) الوسيط (٣/٣٩٧) .
(٢) تصحيح التنبيه (٣/١٥٩) .
(٣) بحر المذهب (٩/١٠٢) .
(٤) تصحيح التنبيه (٣/١٥٩) .
(٥) الحاوي (ص ٣٥٥) .
(٦) لم أقف عليه في « فتح العزيز » .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٣٤) .

تضمن ، وهو واضح ، وهي كما قال النووي في « الدقائق » : مسكرة[1] ، ولو أخذنا بقول غيره أنها مخدرة. . فاللائق عدم ضمانها مطلقاً .

وفي ضمان المتنجس من الزيت والماء وجهان .

٢٦٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥٥] : **(وإن غصب خمراً من ذمي. . وجب ردها عليه)** أي : ولا تراق ، زاد « المنهاج » [ص ٢٩٢] : **(إلا أن يُظهر شربها أو بيعها)** ، وكذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[2] ، **والصواب** : ما في « الكفاية » و« المطلب » وهو : الإظهار من غير تقييد حتىٰ يتناول الهبة والنقل وغيرهما ، وهو موافق لإطلاقهم في الجزية منعهم من إظهارها .

واعلم : أن النبيذ ليس كالخمر في إراقته علىٰ غير الذمي ، كما ذكره الماوردي في « الأحكام السلطانية » ، فقال : ينهى المحتسب عن المجاهرة به ، ويزجر عليه ، ولا يريقه ، إلا أن يأمر بإراقته حاكم من أهل الاجتهاد ؛ لئلا يتوجه عليه الغرم ؛ فإنه عند أبي حنيفة مال . انتهىٰ[3] .

وحيث جازت الإراقة. . جاز كسر الإناء إذا لم يقدر عليها إلا به .

قال الغزالي في « الإحياء » : وكذا لو كانت في قوارير ضيقة الرؤوس ، ولو اشتغل بإراقتها لأدركه الفساق ومنعوه ، قال : ولو لم يخف ذلك ، لكن كان يضيع فيه زمانه ويتعطل شغله. . فله كسرها ، قال : وللولاة كسر ظروف الخمر زجراً وتأديباً ، دون الآحاد[4] . انتهىٰ[5] .

فإن قلت : ما معنىٰ قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : **(وترد عليه إن بقيت العين)** ، وهل يمكن الرد مع تلف العين ؟ .

قلت : قصد بذلك نفي الضمان عند التلف ، وفي عبارته قصور عنه مع دخوله في قوله أولاً : **(ولا تُضمن الخمر)** كما تقدم، ويفهم من وجوب الرد: أن مؤنته على الغاصب ، وبه قطع الشيخ أبو محمد، وقال شيخنا الإمام البلقيني: إنه أوجه، وحكى الإمام عن المحققين: أن الواجب التخلية[6].

٢٦٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] : **(وإن غصبها من مسلم. . أراق)** يستثنىٰ منه : ما إذا كانت محترمة. . **فالصحيح** : أنها ترد إليه ولا تراق ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[7] ، وعبر عنه

---

(١) الدقائق (ص ٣٦) .
(٢) المحرر (ص ٢١٣) ، فتح العزيز (٥/٤١٣ ، ٤١٤) ، الروضة (٥/١٧) .
(٣) الأحكام السلطانية (ص ٣٢٨ ، ٣٢٩) .
(٤) أي : آحاد الرعية .
(٥) إحياء علوم الدين (٢/٣٣١) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٧/٢٩٥) .
(٧) الحاوي (ص ٣٥٥) ، المنهاج (ص ٢٩٢) .

النووي في « تصحيحه » بالصواب[1] ، فاقتضىٰ أنه لا خلاف فيه ، قال شيخنا الإسنوي : وهو ممنوع ؛ ففي « الكفاية » عن العراقيين قاطبة : أنها تراق .

قلت : والخلاف في ذلك في الرافعي في الكلام علىٰ ألفاظ « الوجيز » ، وأسقطه في « الروضة » هنا[2] ؛ فلذلك لم يستحضره ، وذكر الرافعي هنا : أن المحترمة هي التي تخمرت من غير قصد الخمرية[3] ، وقال في (الرهن) : هي التي عصرت بقصد الخلية[4] ، وبينهما فرق ؛ فإن ما عصر بغير قصد شيء ، فتخمر . . محترم على الأول دون الثاني ، فلو أبرز خمراً ، وزعم أنها خمر خل . . قال الإمام في (الإقرار) : نص طوائف من الأصحاب علىٰ أنه لا يقبل[5] .

٢٦٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] : (**وإن غصب صليباً أو مزماراً فكسره . . لم يضمن الأرش**) فيه أمران :

أحدهما : لو عبر بدل (المزمار) بـ (الملاهي) كما في « المنهاج » و« الحاوي »[6] . . لكان أعم ، ومع ذلك فأورد عليهما : أنه ينبغي التقييد بالمحرمة ؛ ليخرج الدُّفّ ، وكذا الشبابة علىٰ ترجيح الرافعي[7] .

ثانيهما : ظاهر عبارته وعبارة « الحاوي » نفي الضمان بالكسر علىٰ أي وجه كان[8] ، وليس كذلك ، وقد بيَّنه « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٢] : (**والأصح : أنها لا تكسر الكسر الفاحش ، بل تُفَصَّل لتعود كما قبل التأليف**) ، قال في « التوشيح » : لكن قد يقال : هـٰذا في جواز الكسر ، والأول في نفي الضمان ، وقد ينتفي وإن لم يجز الكسر ؛ ولهـٰذا قال في « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**وآلات الملاهي لا يجب في إبطالها شيء**) وهو شامل لإبطالها بكل وجه ، قال : لكن المنقول التضمين فيما لا يجوز فعله . انتهىٰ .

فهو بحث لم يساعده النقل ، ولا المعنىٰ أيضاً ، وكيف يسوغ نفي الضمان في إتلاف مال الغير علىٰ وجه غير جائز ؟ و« المنهاج » إنما فصَّل ما أجمله أولاً .

٢٦٢٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٥٥] : (**لا الإحراق**) أي : يضمن بالإحراق قيمة رضاضها بعد

---

(١) تصحيح التنبيه (١/٣٥٨) .
(٢) الروضة (٥/١٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٥٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٤/٤٨١) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/٦١) .
(٦) الحاوي (ص ٣٥٤) ، المنهاج (ص ٢٩٢) .
(٧) لم أقف عليه في « فتح العزيز » .
(٨) الحاوي (ص ٣٥٥)

الكسر المشروع ، وينبغي أن يكون محله : إذا تمكن من إتلافها بغير الإحراق ، فإن تعين الإحراق طريقاً للإتلاف . . لم يضمن ، وهو مأخوذ من قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**فإن عجز المنكر عن رعاية هـٰذا الحد لمنع صاحب المنكر . . أبطله كيف تيسر**) .

٢٦٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**وتُضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما بالتفويت والفوات في يد عادية**) هو الذي عبر عنه « الحاوي » بقوله [ص ٣٥٤] : (**وغيرهما** ـ أي : غير البضع والحر ـ **بالفوات ، لا من الكلب**) وهو أحسن من وجهين :

أحدهما : أنه لا يُعرف ضابط ذلك من قول « المنهاج » : (**ونحوهما**) ، وبيّن « الحاوي » أن المراد بذلك : ما عدا البضع والحر والكلب[١] ، وضابطه كما في « الروضة » وأصلها : كل عين لها منفعة تستأجر لها[٢] .

ثانيهما : أن الاقتصار على الفوات كافٍ ، فذكر التفويت معه حشو ، قال السبكي : إذا ثبت أن الفوات سبب للضمان وهو حاصل في التفويت . . فخصوص التفويت ملغي ، فلا يعد سبباً آخر ، إلا أن يقال : إذا كان الخصوص أيضاً مناسباً . . جاز التعليل بكل منهما . انتهىٰ .

وفي كلام الرافعي إشارة إلىٰ ما بحثه أولاً ، فقال في توجيه الأصح ، وهو وجوب أجرة المثل وأرش النقص فيما إذا نقص المغصوب بالاستعمال : الأجرة لا تجب للاستعمال ، وإنما تجب ؛ لفوات المنفعة على المالك ، ألا ترىٰ أنها تجب وإن لم يستعمل[٣] .

فإن قلت : فات « الحاوي » قول « المنهاج » [ص ٢٩٢] : (**في يد عادية**) .

قلت : هو غير محتاج إليه ؛ لقوله أول الباب : (**بالاستيلاء ظلماً**)[٤] ، وفي « التنبيه » [ص ١١٤]: (**وإن كان له منفعة . . ضمن أجرته للمدة التي أقام في يده**)، وأورد عليه ابن يونس في «النبيه» منفعة البضع، ولا ترد؛ لخروجها بقوله: (**أجرته**) فإن منفعة البضع تقابل بالمهر لا بالأجرة.

٢٦٢٧ـ قول « التنبيه » في الحر [ص ١١٦] : (**وإن حبسه . . ضمن الأجرة ، وقيل : لا يضمن**) الثاني **هو الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٥] ، ولو استولىٰ علىٰ حر ولو صغيراً وضعيفاً . . لم يضمن ثيابه **في الأصح** ، ذكره الرافعي في (السرقة)[٦] ، وقد ترد علىٰ عبارة « المنهاج » و« الحاوي » لعدم تناول لفظ بدن الحر ثيابه .

---

(١) الحاوي (ص ٣٥٤) .
(٢) فتح العزيز (٥/ ٤١٦) ، الروضة (٥ / ١٣) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٤١٨) .
(٤) الحاوي (ص ٣٥١) .
(٥) الحاوي (ص ٣٥٤) ، المنهاج (ص ٢٩٢) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٢٠ ، ٢٢١) .



[في الاختلاف]

٢٦٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٣] : (**ادعىٰ تلفه وأنكر المالك.. صُدق الغاصب بيمينه على الصحيح ، فإذا حلف.. غرَّمه المالك في الأصح**) ظاهره أن مقابل الأصح : لا غرم أصلاً ، وكذا تقتضيه عبارة « الروضة » وأصلها[1] ، وقال السبكي : ينبغي أن تجب له القيمة للحيلولة والأجرة إلىٰ أن يتفقا على التلف ، أو تقوم به بينة .

وقال شيخنا الإسنوي : إن كان متقوماً.. فينبغي إيجاب القيمة بدلاً إن كان تالفاً ، وإلا.. فللحيلولة ، وأما المثلي.. فالمالك يدعي فيه القيمة للحيلولة وينكر استحقاق المثل ، والغاصب بالعكس ، فلا شيء له إلا إذا عاد وصدقه ، قال : ولا أجرة له ؛ فإنا صدقنا الغاصب في التلف .

٢٦٢٩ـ قوله : (**ولو اختلفا في الثياب التي على العبد المغصوب.. صدق الغاصب بيمينه**)[2] خرج الحر ، وخرّجه ابن الرفعة علىٰ أن غاصبه هل يثبت يده علىٰ ثيابه ؟ إن قلنا : نعم.. صدق ، وإلا ـ **وهو الأصح** ـ.. صدق الولي .

٢٦٣٠ـ قوله : (**وفي عيب حادثٍ.. يُصدَّق المالك بيمينه في الأصح**)[3] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وهو في « الروضة » وأصلها قولان[4] .

وصورة المسألة : أن يكون المغصوب تالفاً ، فلو رده معيباً وقال : (غصبته هٰكذا) فقال المالك : (حدث عندك).. صدق الغاصب ، كما حكاه الرافعي عن المتولي[5] ، قال في « الروضة » : وقاله ابن الصباغ أيضاً ، ونقله في « البيان »[6] ، وحكاه شيخنا ابن النقيب عن النص[7] .

٢٦٣١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٤] فيما لو غصب زوجي خف قيمتهما عشرة فضاع أحدهما وصار قيمة الباقي درهمين : (**لزمه ثمانية ، وقيل : درهمان**) الوجه الثاني غريب ، حتىٰ قال ابن يونس في « النبيه » : إن الشيخ سها فيه .

---

(١) فتح العزيز (٥/٤٣٣) ، الروضة (٥/٢٨)

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٣) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٣) .

(٤) فتح العزيز (٥/٤٣٤) ، الروضة (٥/٢٨ ، ٢٩) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٣٤) .

(٦) البيان (٧/٩١) ، الروضة (٥/٢٩) .

(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٣٩) .

وقال في « الكفاية » : لم أره فيما وقفت عليه من كتب المذهب في هٰذه المسألة .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هو مما ينكر . انتهىٰ .

وجزم الرافعي بالوجه الأول ، وادعىٰ في « أصل الروضة » القطع به ، ثم زاد حكاية هٰذا الوجه عن « التنبيه » و« التتمة » ، قال : وهو غريب[1] .

ووهم في نقله عن « التتمة » ، وإنما فيها حكاية وجه بلزوم خمسة ، وفي « نكت النشائي » : أن هٰذا الوجه ـ وهو لزوم درهمين ـ في « الشامل »[2] ، وقال شيخنا ابن النقيب : نقل بعضهم عن « الشامل » ما يؤخذ منه . انتهىٰ[3] .

وحينئذ . . فتعبير « المنهاج » عن مقابله بالأصح معترض[4] ؛ لضعف الخلاف جداً إن ثبت .

٢٦٣٢ـ قوله[5] : (**أو أتلف أحدهما غاصباً ، أو في يد مالكه . . لزمه ثمانية في الأصح**)[6]

صحح الإمام والبغوي : لزوم خمسة[7] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٥٣] : (**وفي فرد خف : نصف الجميع**) ، وقال في « الروضة » من زيادته : **الأقوىٰ** : ما صححه الإمام وإن كان الأكثرون علىٰ ترجيح الأول ، **وعليه العمل**[8] ، ومراد « المنهاج » : إتلاف أحدهما غاصباً له فقط ، وإلا . . تكرر مع قوله قبله : (**ولو غصب خفين**)[9] .

٢٦٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٤] : (**وإن أحدث فيه فعلاً نقص به وخيف عليه الفساد في الثاني** ـ أي : ثاني الحال ـ **بأن كان حنطة فبلها أو زيتاً فخلطه بالماء وخيف عليه الفساد . . استحق عليه مثل طعامه وزيته ، وقيل : فيه قولان ، أحدهما : هٰذا ، والثاني : أنه يأخذه وأرش ما نقص**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يختص ذلك بأن يكون الغاصب هو الفاعل لذلك ، بل لو حصل البلل أو الاختلاط بغير فعله . . كان كذلك ؛ ولهٰذا عبر « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٣] : (**ولو حدث نقصٌ يسري إلى التلف**) ، وأما قول « الحاوي » [ص ٣٥٧] : (**والجناية السارية**) فمحتمل لموافقة كل من التعبيرين .

---

(١) فتح العزيز (٥/٤٦٩) ، الروضة (٥/٥٩) .
(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٩) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٤٠) .
(٤) المنهاج (ص ٢٩٣) .
(٥) كذا في النسخ ، ولعل الصواب أن يقول : (قول « المنهاج ») لأن العبارة من « المنهاج » .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٣) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٧/٢٩٩) ، و« التهذيب » (٤/٣٠٤) .
(٨) الروضة (٥/٥٩) .
(٩) المنهاج (ص ٢٩٣) .

ثانيها : ترجيحه طريقة القطع مخالف لكلام الرافعي والنووي ؛ ففي « أصل الروضة » أربعة أقوال منصوصة ، **أظهرها** عند العراقيين : هـٰذا ، والثاني : اختاره الإمام والبغوي ، والثالث : يتخير المالك بين موجب القولين ، واختاره الشيخ أبو محمد والمسعودي ، والرابع : يتخير الغاصب[1] ، وعلىٰ طريقة الخلاف مشى « المنهاج »[2] ، واستحسن في « الشرح الصغير » القول الثالث ، واختاره السبكي ، وزاد في « الروضة » : أن الرافعي في « المحرر » رجح الأول ، وعبارته : (رُجح) مبني للمفعول[3] ، وعلىٰ هـٰذا : فهل تُبَقَّى الهريسة ونحوها للغاصب أم للمالك ؟ وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[4] ، واختار السبكي الأول .

ثالثها : كان ينبغي أن يقول : (استُحقّ عليه بدله) ليشمل المثل في المثلي ، والقيمة في المتقوم ، ولا يقتصر علىٰ ذكر حكم المثال الذي ذكره ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٢٩٣] : (**فكالتالف**) ، وقال « الحاوي » [ص ٣٥٧] : (**هلاك**) .

٢٦٣٤ـ قول « المنهاج » فيما لو جنى المغصوب جناية تتعلق برقبته ، وتلف في يده [ص ٢٩٣] : (**وللمجني عليه [تغريمه و]**[5] **أن يتعلق بما أخذه المالك**) أي : بقدر حقه ، وهو الأقل من قيمته والمال ، لا بجميع ما يأخذه المالك ، وهو أقصى القيم ؛ فقد يكون أرش الجناية أقل من ذلك .

٢٦٣٥ـ قوله : (**ثم يرجع المالك على الغاصب**)[6] يقتضي أنه لا يرجع إلا بعد غرامته للمجني عليه ، وبه صرح الإمام[7] ؛ لاحتمال الإبراء ، لكن قال ابن الرفعة : له ذلك كما يطالب الضامن المضمون بالأداء .

٢٦٣٦ـ قوله : (**ولو رد العبد إلى المالك فبيع في الجناية . . رجع المالك بما أخذه المجني عليه على الغاصب**)[8] كذا في « الروضة » وأصلها[9] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ليس علىٰ إطلاقه ، بل **الصواب** بمقتضىٰ قاعدة الباب : أنه إذا أخذ الثمن بجملته مثلاً ، وكان دون أقصى القيم . . فالذي يرجع به المالك على الغاصب أقصى القيم ، ولا يقتصر رجوعه علىٰ ما بيع به ، ثم استشهد لذلك وبسطه .

---

(١) فتح العزيز (٥/ ٤٣٩) ، الروضة (٥/ ٣٣) .
(٢) المنهاج (ص ٢٩٣) .
(٣) الروضة (٥/ ٣٣) ، وانظر « المحرر » (ص ٢١٤) .
(٤) الروضة (٥/ ٣٣) .
(٥) ما بين معقوفين زيادة ضرورية من « المنهاج » .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٣) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٢٢١) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٣) .
(٩) فتح العزيز (٥/ ٤٤٢) ، الروضة (٥/ ٣٥) .

تَنْبِيهٌ

[ما يجب على غاصب العبد إذا جنى]

قال في « المهمات » : إن كلام الرافعي والنووي يقتضي أنه لا يجب على الغاصب إلا الفداء ، لكن ذكرا في (البيوع) من العيوب : جنايات الخطأ إذا كثرت ، وجناية العمد إذا لم يتب عنها ، فإن تاب . . فوجهان ، قال في « المطلب » : ويجوز أن يلتحق عمد الخطأ في هـٰذا بالعمد ، فإذا تقرر هـٰذا . . فلا بد من أرش هـٰذا العيب بعد الفداء . انتهىٰ .

٢٦٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٣] : (**ولو غصب أرضاً فنقل ترابها . . أجبره المالك علىٰ رده أو رد مثله**) أي : رده إن كان باقياً ورد مثله إن كان تالفاً ، فإن تعذر . . **فالنص** : أنا نقوم الأرض بترابها ثم بعد نقله منها ، فيجب ما بينهما ، وقيل : يجب الأكثر من هـٰذا ومن قيمة التراب منقولاً .

٢٦٣٨ـ قوله : (**وللناقل الرد وإن لم يطالبه المالك إن كان له فيه غرضٌ ، وإلا . . فلا يرده بلا إذن في الأصح**)[1] فيه أمور :

أحدها : لو قال : (وإن منعه المالك) . . لكان أحسن ؛ فإن له الرد أيضاً مع المنع ، صرح به في « المطلب » تبعاً للأصحاب ، فتبقىٰ حالة السكوت من طريق الأولىٰ .

ثانيها : عبر في « الروضة » بالصحيح[2] ، وبينهما في اصطلاحه تفاوت .

ثالثها : عبارته توهم جريان الوجهين مع المنع ، وجزم الرافعي فيها بأنه لا يرد[3] .

رابعها : أنه يتناول رد المثل عند التلف وفعله بغير إذن مشكل ؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ، ذكره في « المهمات » ، وعبارة « الحاوي » [ص ٣٥٥] : (**ورد التراب بالإذن حيث لا غرض**) .

٢٦٣٩ـ قوله : (**أو لم يرض في الطم**)[4] أي : يحتاج إلى الإذن في الطم فيما إذا كان له غرض فيه ، وهو نفي الضمان عنه ، لكن لو رضي المالك بترك الطم ، وبقاء الحفر بحاله . . فإن الضمان حينئذ يسقط عنه ، وفيه أمور :

أحدها : أنه لا يحتاج إلى استثناء هـٰذه الحالة ؛ فإنه إذا لم يكن له غرض سوىٰ نفي الضمان ، وكان رضا المالك بترك الطم ينفي عن الحافر الضمان . . فلا غرض حينئذ للحافر في الطم ؛ فإن الضمان منتف عنه ، فدخل في قوله : (**حيث لا غرض**)[5] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٤) .
(٢) الروضة (٥/٤٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٤٦) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٣٥٥) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٣٥٥) .

ثانيها : أن كلامه يقتضي حصر الغرض في نفي الضمان عنه ، وليس كذلك ؛ فقد يكون له غرض آخر كتضرره بالتراب الذي نقله إلىٰ ملكه ، فحينئذ . . له الطم بغير رضا المالك .

ثالثها : أن كلامه يقتضي أن منع المالك من الطم يتضمن الرضا باستدامة الحفر حتىٰ يسقط الضمان عن الحافر وإن لم يصرح بالرضا بالاستدامة ، وبه قال المتولي ، لكن قال الإمام : لا يتضمنه[1] ، ونقل في « أصل الروضة » المقالتين بلا ترجيح[2] ، وقال في « المنهاج » [ص ٢٩٣] : (**ويقاس بما ذكرنا حفر البئر وطمها**) ، فلم يجعل بين المسألتين فرقاً ، **وهو الصواب** ؛ فإن الاحتياج لإذن المالك مرتب علىٰ عدم غرض لناقل التراب ، وأغراضه متنوعة ؛ منها : ما هو مشترك بين كشط التراب والحفر ، ومنها : ما يختص بالحفر ، وهو خشية الضمان بالتردي ، ورضا المالك ببقائها يدفع هـٰذا الغرض الأخير دون غيره من الأغراض .

٢٦٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٤] : (**عليه أجرة المثل لمدة الإعادة**) كذا في « المحرر »[3] وعبارة « الروضة » وأصلها : (**لمدة الحفر والرد**)[4] قال السبكي : وهو أزيد فائدة ، وفي « الشرح الصغير » : لمدة الرد والتسوية مع مدة الحفر .

٢٦٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٤] : (**فإن نقص من عينه شيء ؛ بأن تلف بعضه ، أو أحدث فيه ما نقص قيمته ؛ بأن كان مائعاً فأغلاه فنقصت قيمته . . ضمن أرش ما نقص**) قال في « الكفاية » : أفهم أن المراد : المتقوم ، أما المثلي ؛ كالزيت والعصير . . فجزؤه مضمون بالمثل وإن لم ينقص القيمة **في الأصح** ، وفرق بعضهم ، فقال : يضمن في الزيت دون العصير ؛ لأن حلاوة العصير باقية ، والذاهب منه مائية ورطوبة ، والذاهب من الزيت زيت متقوم ، وهـٰذا التفريق **هو الأصح في** « أصل الروضة » ، وهو ظاهر إيراد الرافعي هنا[5] ، لكن نظم « الوجيز » يقتضي ترجيح التسوية بينهما[6] ، وبه قال أبو علي الطبري ، **وصححه الرافعي في** الفلس[7] ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٣٥٤] : (**والزيت والعصير إن نقص لا قيمته بالإغلاء**) وعبارة « المنهاج » [ص ٢٩٤]: (**ولو غصب زيتاً ونحوه وأغلاه فنقصت عينه دون قيمته . .** رده ولزمه مثل الذاهب **في الأصح** ، **وإن نقصت القيمة فقط . . لزمه الأرش ، وإن نقصتا . . غرم الذاهب ورد الباقي مع أرشه إن كان نقص القيمة**

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٧/٢٣٦) .
(٢) فتح العزيز (٥/٤٤٦ ، ٤٤٧) ، الروضة (٥/٤٠) .
(٣) المحرر (ص ٢١٥) .
(٤) فتح العزيز (٥/٤٤٧) ، الروضة (٥/٤٠ ، ٤١) .
(٥) فتح العزيز (٥/٤٥٠) ، الروضة (٥/٤٢) .
(٦) الوجيز (١/٣٨٣) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٥) .

أكثر) ، فأوضح المسألة إيضاحاً حسناً ، وأراد بـ (**نحوه**) : بقية أنواع الدهن ، وهو أحسن من قول « المحرر » و« الروضة » : زيتاً أو دهناً[1] ؛ لإيهامه أن الزيت ليس دهناً ، ولم يرد العصير ؛ لترجيحه فيه في « الروضة » خلافه[2] .

وقوله : (**إن كان نقص القيمة أكثر**)[3] شرط في رد الأرش فقط ، أما غرم الذاهب ورد الباقي . . فلا بد منهما بكل حال ، وفهم صاحب « التوشيح » أن قول « التنبيه » [ص ١١٤] : (**بأن كان مائعاً فأغلاه**) مثال لنقص العين ، وليس كذلك ، وإنما هو مثال لإحداثه فيه ما نقص قيمته ، وأما نقص العين . . فقد مثله بقوله : (**بأن تلف بعضه**) ، والحاصل : أن قوله أولاً : (**فإن نقص من عينه شيء**) لا بد من حمله على المتقوم ، وإلا . . لم يستقم إطلاق قوله : (**ضمن أرش ما نقص**) ، وقوله : (**أو أحدث فيه ما نقص قيمته**) يشملهما ، إلا أنه لم يتكلم في هذه الصورة الثانية علىٰ نقصان العين ، وإنما تكلم علىٰ نقصان القيمة خاصة ، وبذلك يعلم أن قوله وقول النشائي في « نكته » : (كان حق النووي استدراكه في « تصحيحه » على « التنبيه » لتصحيحه في « الروضة » : عدم الضمان في نقص العصير)[4] ليس بجيد ؛ لأن كلام « التنبيه » في نقص القيمة ، وتصحيح « الروضة » في نقص العين ، فلم يتوارد علىٰ محل واحد ، كيف وقد نقل هذان المصنفان في صدر كلامهما عن « الكفاية » أن مراد « التنبيه » : المتقوم دون المثلي ، والتفصيل بين الزيت والعصير إنما هو في ضمان المثل .

فإن قلت : الإيراد إنما هو على اللفظ ، وهو متناول .

قلت : فلا يكون الإيراد حينئذ من جهة افتراق حكم الزيت والعصير في ضمان نقص العين ، وإنما يكون الإيراد علىٰ كونه أطلق ضمان الأرش ، وكلامه أولاً في قوله : (**فإن نقص من عينه شيء**)[5] شامل للمثلي والمتقوم ، وأما الصورة الثانية . . فلا إيراد عليها ؛ لأنه وإن أطلق الكلام في أعم من المثلي والمتقوم . . فلم يتكلم إلا علىٰ صورة خاصة ، وهي نقص القيمة ، فلا يحتاج إلىٰ حمل المائع في كلامه على الدهن دون العصير ، والله أعلم .

ويرد علىٰ إطلاق « التنبيه » و« المنهاج » ضمان السمن الزائل[6] أن محله : في غير السمن المفرط الذي لا تنقص القيمة بزواله ؛ فإنه غير مضمون ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٥٤] :

---

(١) المحرر (ص ٢١٥) ، الروضة (٥/ ٤٢) .
(٢) الروضة (٥/ ٤٢) .
(٣) المنهاج (ص ٢٩٤) .
(٤) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٠٨) ، وانظر الروضة (٥/ ٤٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١٤) .
(٦) التنبيه (ص ١١٤ ، ١١٥) ، المنهاج (ص٢٩٤) .

(**لا اُلسمن المفرط**) لكن لو سمنت المعتدلة عند الغاصب سمناً مفرطاً ، فنقصت القيمة . . فإنه يردها ولا شيء عليه ، قاله الطبري ، وفيه نظر ، وقد يجاب عن « التنبيه » بخروج السمن المفرط بقوله [ص ١١٤] : (**فإن زاد**) .

٢٦٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥٦] : (**وأنَّ تَذَكُّرَ صنعة نسيها يَجْبُرُ النسيان**) يتناول ما إذا تذكرها بنفسه وما إذا تذكرها بإنشاء تعليم ، فلو تذكرها في يد المالك . . قال في « المطلب » : فيظهر أن يجبر أيضاً حتىٰ يسترد ما دفع من الأرش ، ولو تعلمها . . فالمتجه كما قال شيخنا الإسنوي : عدم الجبر ، فلا يسترد .

٢٦٤٣ـ قول « التنبيه » فيما لو غصب عصيراً فصار خمراً ثم صار خلاً [ص ١١٦] : (**وقيل : يرد الخل ، ويضمن مثله من العصير وأرش ما نقص**) ما ذكره في تتمة الوجه الضعيف من رد أرش النقص هو في بعض النسخ دون بعضها ، وقال ابن يونس : لم يذكره غيره ، فكأنه سهو ، وقال ابن الرفعة : كأنه بناه علىٰ مذهب أبي ثور في ضمان تفاوت الأسعار عند رد العين .

٢٦٤٤ـ قوله فيما لو غصب جلد ميتة : (**فإن دبغه . . فقد قيل : يرده ، وقيل : لا يرده**)(١) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي »(٢) ، وهو معنىٰ قول « المنهاج » [ص ٢٩٤] : (**الأصح : أنه للمغصوب منه**) وخرج بالغصب : ما لو أعرض عنه فأخذه شخص فدبغه . . **فالأصح** : أنه لا يرده ، كما في « أصل الروضة » في (الصيد) وزوائدها هنا(٣) .

فصل

[للمالك تكليف الغاصب ردَّ المغصوب كما كان]

٢٦٤٥ـ قول « المنهاج » في الأثر المحض كالقصارة [ص ٢٩٤] : (**وللمالك تكليفه رده كما كان إن أمكن**) قد يفهم أن الغاصب ليس له فعل ذلك بغير رضا المالك ، وهو كذلك إلا أن يكون ضربه دراهم بغير إذن السلطان ، أو علىٰ غير عياره ، فيخاف التعزير ، فله ذلك ، ولو لم يأمره ولم يمنعه . . فقياس ما تقدم في التراب : المنع من الإعادة **في الأصح** .

٢٦٤٦ـ قوله : (**وأرش النقص**)(٤) قال شيخنا ابن النقيب : هو منصوب عطفاً علىٰ (رده) أي : تكليفه رده وأرش(٥) .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٦) .
(٢) الحاوي (ص ٣٥٦) .
(٣) فتح العزيز (٥/٤٥٣) ، الروضة (٥/٤٥) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٤) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٤٨)، وقوله : (وأرش) هو كذلك في النسخ، وفي «السراج»: (وأرشه) فليعلم.

قلت : ويجوز رفعه عطفاً علىٰ (تكليفه) أي : وللماك أرش النقص ، وهو المتداول على الألسنة .

٢٦٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥٦] : (**وإن كانت عيناً ؛ كبناء وغراس. . كُلِّف القلع**) قد يفهم أنه ليس له القلع بغير رضا المالك ، وليس كذلك .

٢٦٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٥] : (**وإن صبغ الثوب بصبغِهِ**) احتراز من صبغه بمغصوب من المالك ؛ فإنه لا يثبت فيه بعض الأحكام المذكورة ، وهو الاشتراك عند الزيادة ؛ إذ الثوب والصبغ لواحد ، ومن صبغه بمغصوب لثالث. . فإنه يحصل فيه أحكام أخرىٰ : **منها** : أن لكل منهما الفصل وأرشاً إن نقص به ، والنقصان على الصبغ ، وله الأرش ، وعبارة « الحاوي » [ص ٢٥٦] : (**وإن صبغ ولو بمغصوب**) فسوىٰ بين أن يكون الصبغ للغاصب أو مغصوباً ؛ لأنه لم يذكر من الأحكام إلا ما هو مشترك بينهما ، فقال : (**فالنقصان على الصبغ والزيادة بينهما**)[١] ، وعُلم من قوله : (**والزيادة بينهما**) أن مراده : بمغصوب من ثالث ؛ فإنه لو كان الغصب من المالك. . لم تكن شركة ، وأطلق « التنبيه » المسألة[٢] ، ومراده : ما إذا كان الصبغ للغاصب ، وقوله : (**وإن أراد صاحب الثوب قلع الصبغ وامتنع الغاصب. . أجبر ، وقيل : لا يجبر ، وهو الأصح**)[٣] أقره النووي في « تصحيحه » عليه ، لكن صحح في « المنهاج » تبعاً « للمحرر » الإجبار[٤] ، وعليه مشى « الحاوي »[٥] ، وحكىٰ في « الروضة » وأصلها تصحيحه عن البغوي والإمام وطائفة ، وتصحيح مقابله عن العراقيين ، قال الإمام : وموضع الوجهين إذا كان يخسر بالفصل خسراناً بيناً[٦] .

وقد تفهم عبارة « المنهاج » و« الحاوي » أنه ليس للغاصب قلع الصبغ[٧] ، وليس كذلك ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ١١٥] : (**فإن أراد الغاصب قلع الصبغ. . لم يمنع**)

واعلم : أن محل هـٰذا : فيما إذا حصل من الصبغ عين ، فلو كان تمويهاً محضاً. . فكالتزويق ليس للغاصب الاستقلال بقلعه جزماً ، ولا للمالك إجباره في **الأصح** في « أصل الروضة » ، وحكى الرافعي تصحيحه عن البغوي[٨] .

---

(١) الحاوي (ص ٣٥٦) .
(٢) التنبيه (ص ١١٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) .
(٤) المحرر (ص ٢١٥) ، المنهاج (ص ٢٩٥) .
(٥) الحاوي (ص ٣٥٧) .
(٦) فتح العزيز (٥/ ٤٥٧ ، ٤٥٨) ، الروضة (٥/ ٤٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/ ٢٥٢) ، و« التهذيب » (٤/ ٣٢٥).
(٧) الحاوي (ص ٣٥٦) ، المنهاج (ص ٢٩٤) .
(٨) فتح العزيز (٥/ ٤٥٦) ، الروضة (٥/ ٤٧) ، وانظر « التهذيب » (٤/ ٣٢٤) .

٢٦٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٥] : (**فإن لم تزد قيمته**) أي : ولم ينقص ؛ بدليل قوله بعده : (**وإن نقصت**) كذا قرره ، **والحق** : أنه لا يحتاج إلىٰ هـٰذا التقييد ؛ لأن المحكوم به ، وهو قوله : (**فلا شيء للغاصب**)[١] لا يختلف ، بل هو ثابت مع الاستواء ومع النقص ، وتزيد حالة النقص حكماً آخر ذكره بقوله : (**وإن نقصت . . لزمه الأرش**)[٢] .

٢٦٥٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن زادت . . اشتركا فيه**)[٣] فيه أمران :

أحدهما : قد تفهم عبارتهم أن المراد : اشتراكهما على الإشاعة ، وليس كذلك ، بل كل منهما يملك ما كان له قبل ذلك ، نبه عليه السبكي ، وأوضحه شيخنا الإسنوي ، وقال : إنه حاصل كلام البندنيجي والماوردي والغزالي وغيرهم ، كما حكاه في « المطلب » وارتضاه ، قال : ومن فوائده : لو زادت قيمة أحدهما . . فاز به صاحبه ، قال : ويؤيده قولهم : هل لأحدهما الانفراد ببيع نصيبه ؟ فيه وجهان ، **الأصح** : لا .

ثانيهما : قال الرافعي : وأطلق الجمهور المسألة ، وفي « الشامل » و« التتمة » : إن نقص لانخفاض سعر الثياب . . فالنقص على الثوب ، أو سعر الصبغ أو الصبغة . . فعلى الصبغ ، وإن زاد سعر أحدهما . . فالزيادة لصاحبه ، أو بسبب الصبغة ، فهي بينهما ، قال الرافعي : فيمكن تنزيل الإطلاق عليه[٤] ، وحكىٰ في « المطلب » هـٰذا التفصيل عن القاضيين حسين وأبي الطيب أيضاً ، وحكاه شيخنا ابن النقيب أيضاً عن البندنيجي وسُليم[٥] ، وهو واضح .

٢٦٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٥] : (**وإن خلط المغصوب بما لا يتميز ؛ فإن كان مثله . . لزمه مثل مكيلته منه ، وإن خلطه بأردأ منه . . فالمغصوب منه بالخيار بين أن يأخذ حقه منه ، وبين أن يأخذ مثل ماله**) **الأصح** : أن الخلط استهلاك ، فلا يجبر الغاصب على الدفع من المخلوط مطلقاً ، ولو خلطه بمثله أو بأردأ منه ، بل له دفع مثله ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » فقال [ص ٢٩٥] : (**فالمذهب : أنه كالتلف فله تغريمه ، وللغاصب أن يعطيه من غير المخلوط**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٥٧] : (**والخلط هلاك إن لمن يتميز**) ، وذكر السبكي : أن القول بالهلاك باطل ، وبعيد من الشريعة وقواعد الشافعي ، ثم قال : وأنا أوافق على الهلاك إذا لم يبق له قيمة ؛ كَصَبٍّ قليل من ماء الورد في كثير من الماء .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لو غصب دراهم وخلطها بدراهم له مثلها ، ولم يتميز . . فقياس

---

(١) المنهاج (ص ٢٩٥) .
(٢) المنهاج (ص ٢٩٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٥٦) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٤٥٧) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٤٩) .

كلامهم : أن يكون فيها الخلاف المذكور ، لكن جزم ابن الصباغ بأنهما يصيران شريكين ، قال شيخنا : أما لو غصب من اثنين زيتاً ثم خلطه . . فالمعروف عند الشافعية أنه لا يملك شيئاً من ذلك ، ولا يكون كالهالك ، وقد ذكروا ذلك في الاستدلال ، لكن حكىٰ صاحب « البحر » وجهين فيما إذا غصب دراهم من اثنين وخلطهما :

أحدهما : يقسم بينهما .

والثاني : أنهما يتخيران بين القسمة والمطالبة بالمثل . انتهىٰ[1] .

واعلم : أن عبارة « المنهاج » و« الحاوي » تتناول ما لو خلطه بغير جنسه ؛ كزيت بشيرج . . ففيه الطريقان ، لكنه أولىٰ بكونه كالهالك ، وفرق صاحب « التنبيه » بينهما ، فتكلم أولاً علىٰ خلط الحنطة بمثلها ، والزيت بمثله ، وذكر ما تقدم ، ثم قال : (**وإن خلط الزيت بالشيرج وتراضيا على الدفع منه . . جاز ، وإن امتنع أحدهما . . لم يجبر**)[2] .

٢٦٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٥] : (**ولو غصب خشبة وبنىٰ عليها . . أُخرجت**) أعم من تعبير « التنبيه » و« الحاوي » بالساج[3] ، وهو نوع من الخشب ، ومع ذلك : فالحكم غير مختص بالخشبة ؛ فالحجر والآجر ونحوهما كذلك ، فلو قال : (شيئاً) . . كان أعم ، ومحله : إذا لم يتعفن ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١١٤] : (**وإن أدخل ساجاً في بناء فعفن فيه . . لم ينزع**) .

٢٦٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٥] : (**ولو أدرجها في سفينة . . فكذلك إلا أن يخاف تلف نفسٍ أو مالٍ معصومين**) فيه أمران :

أحدهما : التقييد بخوف تلف النفس المعصومة في « الروضة » وأصلها أيضاً[4] ، ومقتضاه : أنه لو خاف تلف ما دونها من الأعضاء . . أخرجت ، ولا يبالىٰ بذلك ، وينبغي أن يلحق بها ما يبيح التيمم ، كما سيأتي في مسألة الخيط ، ومقتضاه : اعتبار الشين في الآدمي دون غيره ، ويوافق هـٰذا البحث قول « التنبيه » [ص ١١٣] : (**وهي في اللجة وفيها حيوان معصوم**) فإنه لم يخص الحكم بالخوف علىٰ نفسه ، وأجزاؤه معصومة كنفسه ، وقول « الحاوي » [ص ٣٥٦] : (**لا إن خاف محترماً**) فإن الأعضاء في الاحترام كالنفس .

ثانيهما : أخرج بتقييد المال بالعصمة مال الحربي ، وأما مال الغاصب . . فمختلف فيه ، قال في « التنبيه » [ص ١١٤] : (**قيل : ينزع ، وقيل : لا ينزع**) ونقل الرافعي تصحيح النزع عن الإمام ،

---

(١) بحر المذهب (٩/١٠١) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) .

(٣) التنبيه (ص ١١٤) ، الحاوي (ص ٣٥٥) .

(٤) فتح العزيز (٥/٤٦٥) ، الروضة (٥/٥٤ ، ٥٥) .

وتصحيح مقابله عن ابن الصباغ وغيره[1] ، وتبع « الحاوي » الإمام ، فقال [ص ٣٥٦] : **(لا إن خاف محترماً غير مال الغاصب)** ، وقال النووي : **الأصح عند الأكثرين** : ما صححه ابن الصباغ[2] ، وصححه في « تصحيح التنبيه »[3] ، ويجري هٰذا الخلاف فيما إذا كان فيها مال لمن علم بالغصب قبل وضعه ، وإذا لم نبال بمال الغاصب ، فاختلطت السفينة التي فيها اللوح بسفن للغاصب ، ولم يوقف على اللوح إلا بنزع الجميع . . ففيه وجهان ، قال في « الروضة » : أطلقوهما بلا ترجيح ، وينبغي أن يكون **أرجحهما** : عدم النزع[4] .

قلت : سبقه لتصحيح ذلك الفارقي ، فصح عدم النزع نقلاً ، فلم يطبقوا على السكوت عن الترجيح فيهما ، وليس في « الروضة » وأصلها و« التنبيه » تقييد المال بكونه معصوماً[5] ، فيرد عليهم مال الحربي ، وما أحسن قول « الحاوي » [ص ٣٥٦] : **(لا إن خاف محترماً)** اختصاراً وشمولاً .

٢٦٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٣] : **(فيما لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان يؤكل . . ففيه قولان) الأصح** : أنه لا يجب نزعه ، ويغرم القيمة للحيلولة ، وعليه مشى « الحاوي » فقال عطفاً على النفي [ص ٣٥٦] : **(كما خاط به جرح محترم وخاف هلاكه)** فلم يفرق بين المأكول وغيره ، لكنه اعتبر خوف الهلاك ، واقتصر « التنبيه » علىٰ خوف الضرر[6] ، وهو المنقول ؛ ففي « أصل الروضة » : وفي معنىٰ خوف الهلاك : خوف كل محذور يُجوِّز العدول إلى التيمم وفاقاً وخلافاً ، ولا اعتبار في غير الآدمي ببقاء الشين[7] .

ومحل القولين : فيما إذا كان الحيوان للغاصب ، فإن كان لغيره . . لم ينزع ، كما جزم به في « أصل الروضة »[8] ، وحكىٰ صاحب « المعين » اليمني طرد القولين فيه ، ونقله صاحب « المذاكرة » عن ابن عجيل .

٢٦٥٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٥٦] : **(وإن مات الآدمي)** أي : فلا ينزع الخيط من الآدمي بعد موته ، كذا **صححه** الروياني[9] ، لكن الذي في « الرافعي » : **الأصح** علىٰ ما ذكره في « النهاية » :

---

(١) فتح العزيز (٥/٤٦٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/٢٧٦) .
(٢) الروضة (٥/٥٥) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/٣٥٣) .
(٤) الروضة (٥/٥٥) .
(٥) فتح العزيز (٥/٤٦٧ ، ٤٦٨) ، الروضة (٥/٥٦) .
(٦) التنبيه (ص ١١٣) .
(٧) فتح العزيز (٥/٤٦٦) ، الروضة (٥/٥٦) .
(٨) فتح العزيز (٥/٤٦٧) ، الروضة (٥/٥٦) .
(٩) انظر « بحر المذهب » (٩/٧٧) .

النزع[1] فلذلك أطلق في « أصل الروضة » تصحيحه ؛ لكون الرافعي لم يذكر تصحيحاً سواه[2] ، وصحح في « الكفاية » تبعاً للماوردي : أنه إن أثر القلع فحشاً . . لم ينزع ، وإلا . . نُزع[3] .

٢٦٥٦ـ قوله : (**ومنفعة البضع بالتفويت**)[4] أي : إن كانت مكرهة ، فإن طاوعته . . فلا مهر ، وقد صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[5] ، ومحل كون المطاوعة لا مهر لها : إذا علمت التحريم ، فلو جهلته حيث تعذر ؛ لقرب إسلامها ، أو نشأتها في بعد عن المسلمين . . وجب لها المهر ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٥٩] : (**إن علمت**) وهو شرط للحكمين المذكورين قبله ، وهما الحد جزماً ، وعدم المهر عند المطاوعة **على الصحيح** ، وقد تفهم عبارتهم عدم المطالبة بالمهر فيما إذا وطئها غيره ، **والأصح** : مطالبة الغاصب أيضاً ، وتناولت عبارتهم : ما إذا وطىء بإذن المالك ، وفيه قولان محكيان في « أصل الروضة » عن « ذخيرة البندنيجي »[6] .

ومقتضى المصحح في وطء المرتهن بإذن الراهن : الوجوب أيضاً ، ولم يتعرض « المنهاج » هنا لأرش البكارة في البكر ، ولا شك في وجوبه ، لكن هل نفرده ، فنقول : مهر ثيب والأرش ، أم لا ، فنقول : مهر بكر ؟ وجهان ، **أصحهما** في « الروضة » هنا : الأول ، وفي الرد بالعيب : الثاني ، قال الرافعي : **والوجه** : أن يقال : إن اختلف المقدار . . وجب الزائد ، وقد أشار إليه الإمام ، وإلا . . فالوجهان ، ولهما فوائد[7] ولولا ذلك . . لقيل : اتّحد الوجهان ؛ **فمنها** : لو طاوعت وقلنا **بالصحيح** : أنه لا مهر . . وجب الأرش إن أفردناه .

ومنها : إذا غرمه المشتري . . لم يرجع به إن أفردناه ، وفي المسألة وجه ثالث ليس في « الروضة » وأصلها هنا[8] ، وجزما به في البيع الفاسد أنه يجب مهر بكر وأرش بكارة ، واختاره السبكي ، وقال : هو هنا أولىٰ ، قال : وينبغي أن تكون صورة المسألة : أن تزول البكارة مع التقاء الختانين ، فإن زالت قبله برأس الحشفة . . فينبغي القطع بالأول ، أو بعده كالغوراء . . فينبغي القطع بأرش بكارة ومهر بكر غوراء . انتهىٰ .

وأشار « التنبيه » إلىٰ لزوم أرش البكارة بحكاية الخلاف في رجوع المشتري بها على

---

(١) نهاية المطلب (٧/ ٢٧٤) .
(٢) فتح العزيز (٥/ ٤٦٧) ، الروضة (٥/ ٥٦) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٢٠١) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٣٥٤) .
(٥) التنبيه (ص ١١٤) ، المنهاج (ص ٢٩٥) .
(٦) الروضة (٥/ ٦٣) .
(٧) فتح العزيز (٥/ ٤٧١) ، الروضة (٥/ ٥٩) .
(٨) فتح العزيز (٥/ ٤٧٠ ، ٤٧١) ، الروضة (٥/ ٥٩) .

الغاصب[1] ، وقد يدخل في قول « الحاوي » [ص ٣٥٤] : (**منفعة البضع**) فإن البكارة منفعة في البضع فاتت بالافتضاض .

٢٦٥٧ـ قول « المنهاج » في وطء المشتري من الغاصب [ص ٢٩٥] : (**فإن غرمه . . لم يرجع به على الغاصب في الأظهر**) محلهما : إذا جهل الغصب ، فإن علمه . . فلا يرجع قطعاً ، وقد صرح بذلك « التنبيه » ، وبين أن المرجح جديد ، ومقابله قديم[2] .

٢٦٥٨ـ قول « المنهاج » فيما إذا أحبل [ص ٢٩٥] : (**وإن جهل . . فحرٌ نسيبٌ ، وعليه قيمته يوم الانفصال**) محله : إذا انفصل حياً ، أو ميتاً بجناية ، فإن انفصل ميتاً بغير جناية . . لم يضمنه **على المشهور** ، ويرد ذلك علىٰ إطلاق « التنبيه » أيضاً : ضمان ولد الجارية[3] ، ويرد عليه أيضاً : ما إذا كان رقيقاً وانفصل ميتاً بغير جناية . . ففي ضمانه وجهان ، قال الرافعي هنا : ظاهر النص ضمانه ، وصحح بعد ذلك بأوراق عدمه[4] .

٢٦٥٩ـ قولهما : (**ويرجع بها المشتري على الغاصب**)[5] كذا في « المحرر » و« الشرحين »[6] ، ووقع في « الروضة » : لا يرجع[7] ، وهو غلط سبق إليه القلم .

٢٦٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٥] : (**وكذا لو تعيّب عنده في الأظهر**) أي : لا يرجع بما غرمه ، ومحل الخلاف : إذا لم يكن التعيب بفعله ، فإن كان بفعله . . لم يرجع قطعاً .

٢٦٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٥] : (**وإن غصب شيئاً وباعه . . كان للمالك أن يضمّن من شاء منهما**) لا بد في تضمين المشتري من أن يكون قبض .

٢٦٦٢ـ قوله : (**وإن لم يعلم ؛ فما التزم ضمانه بالبيع . . لم يرجع به ؛ كقيمة العين والأجزاء**)[8] اعترض : بأن الملتزم ضمانه بالبيع منحصر في قيمة العين والأجزاء ، فليس لإدخال الكاف فائدة .

وأجيب عنه : بأنه يدخل فيه أيضاً ما أنفقه على العبد ، وما أداه من خراج الأرض ، وقد حكى الرافعي عن البغوي : **أن القياس** : أن لا يرجع بذلك على الغاصب ؛ لأنه شرع في الشراء علىٰ أن يضمنها[9] .

---

(١) التنبيه (ص ١١٥) .
(٢) التنبيه (ص ١١٥) .
(٣) التنبيه (ص ١١٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٧٣) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٥) .
(٦) المحرر (ص ٢١٦) ، فتح العزيز (٥/٤٧٦ ، ٤٧٧) .
(٧) الروضة (٥/٦٣) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) .
(٩) فتح العزيز (٥/٤٧٨) ، وانظر « التهذيب » (٤/٣١٦) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما ذكره في خراج الأرض ممنوع ؛ لأنه إن أداه للغاصب علىٰ ظن أن عليه خراجاً ، فلم يكن . . فكمن أدىٰ ديناً ظاناً أنه عليه ، فتبين خلافه يرجع علىٰ من أداه له ، وإن أداه لغير الغاصب ؛ كمن اشترىٰ أنشاباً في أرض خراجية لغير البائع ، فأعطاه خراجها ، ثم ظهرت الأنشاب مملوكه لغير البائع . . فيرجع المشتري علىٰ من أخذ منه الخراج .

٢٦٦٣ـ قوله : (**وما لم يلتزم ضمانه ولم يحصل له به منفعة ؛ كقيمة الولد ونقصان الولادة . . يرجع به على الغاصب**)[١] ما ذكره من الرجوع بنقصان الولادة حكاه الرافعي عن قطع العراقيين ، قال : وعن غيرهم خلافه ، وعبر في « أصل الروضة » عن الأول بالمذهب[٢] ، وقال في « الكفاية » : بل قطع أكابر العراقيين بالمنع ، قال : وقد يحمل ما قاله الشيخ علىٰ ما إذا سمنت في يد المشتري وزال بالولادة ، كما صرح به صاحب « رفع التمويه » ، ونقل في « المطلب » عن الجمهور : أنه لا يرجع ، ونص عليه في « البويطي » .

٢٦٦٤ـ قوله : (**وما حصل له به منفعة ؛ كالأجرة والمهر وأرش البكارة . . فقد قال في القديم : يرجع ، وقال في الجديد : لا يرجع**)[٣] فيه أمران :

أحدهما : محل ما ذكره في الأجرة : إذا كان قد استوفى المنفعة ، فإن فاتت تحت يده . . رجع بها ، وقد يفهم ذلك من قوله : (**وما حصل له به منفعة**) ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٥] : (**ويرجع بغُرم ما تلف عنده**) أي : من المنافع من غير استيفاء ، وقال بعضهم : كلامه في أعم من المنفعة ، فيتناول ثمرة الشجرة ونتاج الدابة وكسب العبد .

قال السبكي : ولولا أنه شامل لذلك . . لقال : (ما فات) لأنها العبارة المستعملة في المنفعة .

قال شيخنا ابن النقيب : ويمكن ألاَّ يريد ذلك ، وحينئذ . . يصح تذكير الفعل وتأنيثه ، فيقال : (ما تلفت) ، والتاء ملحقة خفية في خط المصنف[٤] .

ثانيهما : اعترض : بأن المشهور في أرش البكارة : القطع بمنع الرجوع ؛ فإنه بدلُ جزءٍ أتلفه كاليد ، قال في « الكفاية » : ومقابله وجه حكاه المتولي ، وإليه يرشد قول الرافعي : وأجرى الخلاف في أرش الافتضاض[٥] ، وحينئذ . . فلا قديم فيه .

٢٦٦٥ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وكل ما لو غرمه المشتري رجع به لو غرمه**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) .
(٢) فتح العزيز (٥/٤٧٨) ، الروضة (٥/٦٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٥٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٧٧ ، ٤٧٨) .

الغاصب.. لم يرجع به على المشتري ، وما لا.. فيرجع)[1] دخل فيه قيمة العين ، فمقتضىٰ كلامهما : رجوع الغاصب بها مطلقاً ، لكن يستثنىٰ : ما لو ضمن الغاصب قيمة يوم الغصب لكونها أكثر.. فلا يرجع بالزائد على الأكثر من قيمة يوم قبض المشتري إلى التلف ؛ لأنه لم يدخل في ضمانه ؛ ولهـٰذا لا يطالب به ابتداء .

٢٦٦٦ـ قول « المنهاج » من زيادته [ص ٢٩٥] : **(وكل من انبنت يده علىٰ يد الغاصب فكالمشتري)** فيه أمران :

أحدهما : قوله : **(انبنت)** بنون ثم باء موحدة ثم نون كذا ضبطه « المصنف » بخطه ، وقوى الرافعي أن تقرأ عبارة « الوجيز » كذلك[2] ، قال : وأكثرهم يقرؤها **(ابتنت)** بباء موحدة ثم تاء ثم نون ، وضعفه[3] .

ثانيهما : قوله : **(فكالمشتري)** أي : في الضابط المذكور في الرجوع وعدمه ، لا في جميع ما تقدم ، وقد تقدم في أوائل الباب بيان ذلك بقوله [ص ٢٩١] : **(والأيدي المترتبة علىٰ يد الغاصب... إلىٰ آخره)** ، قال شيخنا ابن النقيب : فتأمله هناك ، وقيد به هـٰذا الإطلاق ، والله أعلم[4] .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٥) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٥) .
(٢) الوجيز (١/ ٣٨٠) .
(٣) فتح العزيز (٥/ ٤٠٩) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٥٥) .

كتاب الشفعة

٢٦٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٦] : (**لا تثبت الشفعة في منقول**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١١٦] : (**لا تجب**) .

٢٦٦٨ـ قول « الحاوي » [ص ٣٥٩] : (**في عقار ثابت**) احترز بالثبوت عن غرفة مبنية علىٰ سقف لهما أو لغيرهما . . فلا شفعة فيها كما صرح به بقوله : (**لا علوٍّ فقط**)(١) ، وذكره « المنهاج » أيضاً(٢) ، واعترض الرافعي علىٰ قيد الثبوت ، وقال : لا حاجة إليه ؛ لأنه يخرج بقوله : عقار(٣) .

وأجيب عنه ، ومرادهم : نفي الشفعة في المنقول ابتداء ، فيخرج عن ذلك الدار إذا انهدمت بعد ثبوت الشفعة فيها ؛ فإن نقضها يؤخذ بالشفعة مع كونه قد صار منقولاً ، وقد ذكره « الحاوي » بعد ذلك بقوله [ص ٣٦١] : (**بما صار منقولاً**) .

٢٦٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٦] : (**فأما البناء والغراس : فإنه إن بيع مع الأرض . . ففيه الشفعة**) يشمل ما لو بيع مع الأرض الحاملة له دون المتخللة بينه ، **والأصح** : أنه لا شفعة فيه ؛ فإن الأرض هنا تابعة للمنقول ، وقد يفهم ذلك من قول « المنهاج » [ص ٢٩٦] : (**بل في أرض وما فيها من بناء وشجر تبعاً**) ، وقول « الحاوي » [ص ٣٥٩] : (**في عقار بتابعه**) فإن المنقول في هـٰذه الصورة ليس تابعاً للعقار ، بل العقار تابع له كما تقدم .

٢٦٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وإن كان على النخل طلع غير مؤبر . . فقد قيل : يؤخذ مع النخل بالشفعة ، وقيل : لا يؤخذ**) **الأصح** : الأول كما في « المنهاج »(٤) ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٣٥٩] : (**بتابعه**) ونقل الرافعي تصحيحه عن البغوي فقط ، فعلىٰ هـٰذا إن لم يأخذه حتىٰ تأبر . . أخذه **في الأصح**(٥) .

٢٦٧١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**فإن كان في الشقص نخل فأثمر في ملك المشتري ولم يؤبر . . أخذ الثمرة مع الأصل في أحد القولين**) **هو الأصح** ، وذكر في « المطلب » : أن الثاني هو الأشبه ، وهـٰذه المسألة غير المتقدمة ؛ فتلك إذا كانت الثمرة موجودة حال الشراء غير مؤبرة ، وهـٰذا إذا تجددت بين الشراء والأخذ .

---

(١) الحاوي (ص ٣٥٩) .
(٢) المنهاج (ص ٢٩٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٨٧) .
(٤) المنهاج (ص ٢٩٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٤٨٤) .

واعلم : أن سواد العراق وقف على الأصح كما سيأتي في موضوعه ، فلا بيع فيه ولا شفعة ، وأما الشام . . فقال الجرجاني : يجوز بيع أراضي الخراج بها قطعاً ؛ لأنها لم توقف ، بل صولح أهلها بالخراج ، وأما مصر . . فقال السبكي : لم أر لأصحابنا فيها نصاً ، لكن في وصية الشافعي : إن كان لي بها أرض . . فاقتضىٰ ذلك أنها تملك ، وللعلماء خلاف ، هل فتحت صلحاً أو عنوة وَوُقِفَت كالعراق ؟ فعلى الثاني : لا شفعة ، بل قيل : كل فتوح عمر كذلك ، قال السبكي : ويطّرد فيما يُبْنَىٰ من طينها .

٢٦٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وما لا ينقسم ؛ كالحمام والرحى الصغير والطريق الضيق . . فلا شفعة فيه ، وقيل : فيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : لم يبين هو و« الحاوي » ضابط ما لا ينقسم ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٢٩٦] : (**وكل ما لو قسم بطلت منفعته المقصودة**) ، وهو معنى **الأصح** في « أصل الروضة » : أنه ما ينتفع به بعد القسمة من الوجه الذي كان ينتفع به قبلها[١] .

ثانيها : تعبير « المحرر » بـ (الطاحون)[٢] أحسن من تعبير « التنبيه » و« المنهاج » بـ (الرحىٰ)[٣] .

ثالثها : عبارته تقتضي أن في المسألة طريقين ، **المرجحة** : القطع بنفي الشفعة ، **والأخرىٰ** : إجراء قولين ، ويوافقه تعبير « الروضة » بالمذهب[٤] ، لكن عبر « المنهاج » بالأصح[٥] ، وهو يقتضي أن الخلاف وجهان .

واعترض علىٰ تعبير « الروضة » : بأنه ليس في أصلها إلا طريقة الخلاف ، وأنه وجهان[٦] ، وذكر النشائي في « نكته » : أن في المسألة ثلاث طرق : القطع بنفي الشفعة ، والقطع بإثباتها ، وإجراء القولين[٧] ، وقول الرافعي : **على الأصح** محمول علىٰ أصح الطرق[٨] ، وليس له اصطلاح في أن **الأصح** من وجهين إنما هـٰذا للنووي .

وقال شيخنا ابن النقيب : كونهما وجهين أوضح ؛ فإنهما مبنيان علىٰ وجهين ، **فالأصح** : مبني

---

(١) الروضة (٥/ ٧١) .

(٢) المحرر (ص ٢١٧) .

(٣) التنبيه (ص ١١٧) ، المنهاج (ص ٢٩٦) ، وفي حاشية (ج) : (إذا أراد من جهة اللغة . . فمعناهما واحد ، وإن كان من جهة العرف . . فمسلم ؛ لأنهم يفرقون بين الطاحون والرحىٰ) .

(٤) الروضة (٥/ ٧٠ ، ٧١) .

(٥) المنهاج (ص ٢٩٦) .

(٦) فتح العزيز (٥/ ٤٨٨) .

(٧) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١١٠) .

(٨) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٤٨٨) .

علىٰ أصح الوجهين في علة مشروعية الشفعة ، وهو مؤنة القسمة ، وإفراد ما يصير إليه بالمرافق ، ومقابله : علىٰ أنها سوء المشاركة مؤبداً[1] .

قلت : لا امتناع في بناء قولين علىٰ وجهين ؛ فقد تكون مسألة الوجهين لا نص للشافعي فيها ، وإنما فهمت باستقراء قولين للشافعي في مسائل يتجه تخريجها علىٰ تلك القاعدة ، فهي أصل لمسائل القولين باعتبار تفرعها عنها وإن كانت غير منصوصة ، لكن صارت في معنى المنصوصة باستنباطها من كلام الشافعي ، والله أعلم .

٢٦٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٥٩] : (**ولا شفعة إلا لشريك**) أي : ولو ذمياً ومكاتباً وغير عاقل ؛ كمسجد له شقص لم يوقف بعد ، فباع شريكه . . يأخذ له الناظر بالشفعة ، ومثله بيت المال ، ومن هٰذا الشرط يؤخذ أن الموقوف عليه لا يأخذ بالشفعة إذ ليس شريكاً ؛ فإن الوقف ملك لله تعالىٰ ، ولنا وجه أنه يأخذ تفريعاً على الضعيف أن الملك للموقوف عليه ، وقد صرح بالمسألة « التنبيه » فقال [ص ١١٧] : (**وما مُلِكَ بشركة الوقف . . لا يستحق فيه الشفعة**) .

وقد اعترض بعضهم : بأن عبارته تشعر بأن من ملك شقصاً بالوقف عليه . . لا يؤخذ منه بالشفعة ، يوضحه عطفه إياه علىٰ قوله : (**فأما ما ملك بوصية . . فلا شفعة فيه**)[2] وهٰذا ليس مراده ؛ لدخوله تحت قوله : (**ولا شفعة إلا فيما ملك بمعاوضة**)[3] ، فيلزم التكرار ، فلو قال : (ولا يأخذ شريك بوقف) . . كان أولىٰ . انتهىٰ .

وهو مردود ؛ فلا فرق بين هٰذه العبارة وبين قول الشيخ : (**وما ملك بشركة الوقف**) ، وإنما كانت عبارته تشعر بما ذكره هٰذا المعترض لو قال : (وما ملك بالوقف) ، وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن مفهوم قول « الروضة » : (وإن كان نصف الدار وقفاً ونصفها طلقاً ، فباع المالك نصيبه . . فلا شفعة لمستحق الوقف)[4] أنه لو كان هناك شريك مالك غير البائع وجهة الوقف . . استحق الأخذ بالشفعة ، ولا يلزم من سقوطها في جهة سقوطها في الكل ، ثم ذكر أنه أفتىٰ في هٰذه الصورة بمنع الشفعة حيث امتنعت القسمة بسبب الوقف ، وصار العلة في الموقوفة : عدم الملك ، وفي الأخرىٰ : عدم قبول القسمة .

٢٦٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٦] : (**والصحيح : ثبوتها في الممر إن كان للمشتري طريق آخر**

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٥٨) .
(٢) التنبيه (ص ١١٧) .
(٣) التنبيه (ص ١١٧) .
(٤) الروضة (٥/٧٤) .

إلى الدار ، أو أمكن فتح باب إلىٰ شارع ، وإلا . . فلا) محل الخلاف كما قال ابن الرفعة : إذا لم يتسع الممر ، فإن اتسع بحيث يمكن أن يترك لمشتري الدار منه شيء يمر فيه . . ثبتت الشفعة في الباقي بلا خلاف ، وفي المقدار الذي لا يتأتى المرور بدونه الخلاف .

واعلم : أن صورة مسألة « المنهاج » : أن يبيع داراً لها ممر ؛ بدليل قوله قبله [ص ٢٩٦] : (ولو باع داراً وله شريك في ممرها . . فلا شفعة له فيها) فلو باع نصيبه من الممر خاصة . . ففي « الروضة » وأصلها : أن للشريك الشفعة إن كان منقسماً[١] ، واستشكل بأمرين :

أحدهما : أن في « أصل الروضة » في (إحياء الموات) عن العبادي من غير مخالفة : أن بيع الحريم وحده لا يصح[٢] ، والممر من الحريم كما هو مصرح به هناك .

ثانيهما : أن بيع نصيبه من الممر يتضمن إبقاء الدار بلا ممر ، فهو كما لو باع داراً واستثنىٰ لنفسه منها بيتاً ، والأصح في زوائد « الروضة » : بطلانه[٣] ؛ فلعل الصورة : أن الدار متصلة بملكه أو بشارع ، وهـٰذه الصورة قد تدخل في قول « الحاوي » [ص ٣٥٩] : (كالممر إن وجد آخراً وأمكن الشارع فتحه للشريك) فإنه لم يذكر ما يدل علىٰ أن الصورة في بيع الدار التي لها ممر مشترك مع أن حكم الصورتين مختلف كما عرفت .

٢٦٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (ولا شفعة إلا فيما ملك بمعاوضة) زاد « المنهاج » [ص ٢٩٦] : (ملكاً لازماً متأخراً عن ملك الشفيع) واحترز باللزوم عما لو ملك المشتري ببيع شرط فيه الخيار . . ففيه تفصيل سيأتي في كلامه ، وهو الأخذ إن شرط للمشتري وحده ، والمنع إن شرط للبائع أو لهما ، والأخذ في بعض صور الجواز يقدح في اشتراط اللزوم ، وكذا يقدح فيه مسألة الرد بالعيب ، وسيأتي .

قال شيخنا ابن النقيب : اللهم إلا أن يراد لازماً من جهة البائع ، وفيه تعسف . انتهىٰ[٤] .

وفي قول « التنبيه » بعد ذلك [ص ١١٧] : (أخذه بقيمته وقت لزوم العقد) ما يقتضي اعتبار اللزوم ، ويرد عليه ما تقدم ، ولم يتعرض له « الحاوي » ، واحترز بكون ملك المشتري متأخراً عن ملك الشفيع عما إذا ملكا معاً . . فلا شفعة لأحدهما على الآخر كما صرح به بعد ، وذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٦٠] : (ممن طرأ ملكه علىٰ ملكه) ولم يتعرض له « التنبيه » .

٢٦٧٦ـ قول « المنهاج » في أمثلته [ص ٢٩٦] : (وصلح دم) أي : العوض الذي صولح عليه عن

---

(١) فتح العزيز (٥/٤٩٠) ، الروضة (٥/٧٢) .

(٢) الروضة (٥/٢٨٢) .

(٣) الروضة (٣/٣٦٢) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٦١) .

دم العمد ، أما الخطأ . . ففيه الإبل ، فلا يصح الصلح عنها **في الأصح** .

٢٦٧٧ـ قوله : (**ونجوم**)[١] أي : العوض الذي صولح عليه عن نجوم الكتابة ، كذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها هنا[٢] ، وهو مخالف لما **صححوه** في (الكتابة) : أنه لا يصح الاعتياض عن نجومها ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٦٠] : (**لا عوض نجم مكاتب**) ، لكن **صحح** السبكي : الصحة ، وعضده بنص الشافعي صريحاً ، وبكلام ابن الصباغ والمحاملي والماوردي ، وتعجب من **تصحيح** الرافعي المنع ، وكذا قال في « المهمات » : إن **الصواب** : الصحة .

٢٦٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٦] : (**وأجرةٍ ، ورأس مال سلمٍ**) معطوفان علىٰ مبيع ، فلو ذكرهما عقب المهر ، فقال : (كمبيع ، ومهر ، وأجرة ، ورأس مال سلم ، وعوض خلع وصلح دم ونجوم) . . لكان أولىٰ ؛ لئلا يتوهم عطفهما علىٰ خلع ، فيكون المراد : عوض أجرة ، وعوض رأس مال سلم ، وليس كذلك ، ورأس مال السلم لا يصح الاعتياض عنه .

٢٦٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وما ملك بوصية أو هبة لا شفعة فيه**) محله : في الهبة التي لا ثواب فيها ، فلو شرط فيها ثواب ، أو لم يشرط ، وقلنا : تقتضيه . . ثبتت الشفعة **في الأصح** ، ولو قبل القبض **في الأصح** ، كذا أورده بعضهم ، ثم قال : ولا ترد ؛ لأنها حينئذ بيع **على الأصح** ، وقد ذكر الخلاف فيهما في بابها .

قلت : وفي كونها في هـٰذه الصورة بيعاً اضطراب تصحيح ، وقد صرح بهـٰذا القيد فيما وقفت عليه من نسخ « التنبيه » فقال [ص ١١٧] : (**أو هبة لا يستحق فيها ثواب**) وقد استشكل ما إذا لم يشرط ، وقلنا : تقتضيه : بأن العوض غير معين ، فكيف تثبت الشفعة مع جهالة العوض ؟ ويأتي هـٰذا فيما إذا شرط ولم يكن معلوماً .

٢٦٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٦] : (**ولو شرط في البيع الخيار لهما أو للبائع . . لم يؤخذ بالشفعة حتىٰ ينقطع الخيار ، وإن شُرط للمشتري وحده . . فالأظهر : أنه يؤخذ إن قلنا : الملك للمشتري ، وإلا . . فلا**) فيه أمور :

أحدها : لو قال : (ولو ثبت) . . كان أولىٰ ؛ ليشمل خيار المجلس ؛ فإنه كخيار الشرط في هـٰذا الحكم ، ويتصور انفراد أحدهما به بإسقاط صاحبه خيار نفسه ، وقد دخل ذلك في قول « الحاوي » [ص ٣٦٣] : (**ومنع ردَّهُ بالخيار**) لكن عبارته متناولة لما إذا كان الخيار لهما ، والمنع إنما هو فيما إذا كان للمشتري وحده .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٦) .
(٢) المحرر (ص ٢١٧) ، فتح العزيز (٤٩٧/٥) ، الروضة (٨٧/٥) .

ثانيها : قوله : (**لهما**)[1] لم يذكره في « المحرر » ، وحذفه أولىٰ ؛ فإن المانع ثبوته للبائع .

ثالثها : تعبيره بالأظهر يقتضي أن الخلاف في الشق الثاني ـ وهو إذا قلنا : الملك للبائع ، أو موقوف ـ قولان أيضاً ، وليس كذلك ، وإنما هو وجهان ؛ ولهـٰذا قال في « الروضة » : إن قلنا : الملك له . . أخذه الشفيع في الحال **على الأظهر** عند الجمهور ، وإن قلنا : للبائع ، أو موقوف . . لم يأخذ في الحال **على الأصح**[2] ، وتقدم أن صورة شرط الخيار للمشتري ترد على اعتبار « التنبيه » وقت اللزوم[3] .

٢٦٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ولو وجد المشتري بالشقص عيباً وأراد رده بالعيب وأراد الشفيع أخذه ويرضىٰ بالعيب . . فالأظهر** : **إجابة الشفيع**) جزم بأنهما قولان ، وفي « المحرر » : (فأرجح القولين ، أو الوجهين)[4] ، وفي « الروضة » قولان ، وقيل : وجهان[5] .

٢٦٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وإن رد عليه بالعيب . . فقد قيل** : **له أن يفسخ ويأخذ ، وقيل** : **ليس له**) **الأصح** : الأول ، وهـٰذه غير مسألة « المنهاج » تلك فيما إذا لم يُرد بعد ، وفي هـٰذه قد رُدَّ ، قال في « أصل الروضة » : ويفسخ الرد ، أو نقول : تبينا أن الرد كان باطلاً . انتهىٰ[6] .

وهـٰذا التردد وجهان ، صرح بهما القاضي والإمام والغزالي ، وفائدتها كما في « المطلب » : الفوائد من الرد إلى الأخذ ، وهـٰذه الصورة قد ترد علىٰ عبارة « المنهاج » ، ويقال : قوله : (**وأراد رده بالعيب**)[7] يقتضي أنه لو حصل الرد . . لم يكن للشفيع إبطاله ، ويجري الخلاف المذكور أولاً فيما إذا وجد البائع بالثمن المعين عيباً وأراد رده ، وقد يُدعىٰ دخول هـٰذه الصورة والتي قبلها في قول « الحاوي » [ص ٣٦٣] : (**ومنع رده بالعيب**) **والظاهر** : أنها مثل عبارة « المنهاج » فإن الضمير عائد على الشقص[8] ، ومنع الرد يقتضي أنه لم يقع إلى الآن .

واعلم : أن الجيلي والنووي صوّرا مسألة « التنبيه » بما إذا ردّ **المشتري** الشقص بعيب ، وصورها ابن الخل وابن يونس بما إذا رد البائع الثمن المعين بعيب ، وقال ابن الرفعة : إنه أولىٰ ؛

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٦) .
(٢) الروضة (٥/ ٧٤) .
(٣) التنبيه (ص ١١٧) .
(٤) المحرر (ص ٢١٨) .
(٥) الروضة (٥/ ٧٥) .
(٦) الروضة (٥/ ٧٥ ، ٧٦) .
(٧) المنهاج (ص ٢٩٧) .
(٨) المنهاج (ص ٢٩٧) .

فإن المذكور في « المهذب » وغيره من كتب العراقيين في الصورة الأولى الجزم بنقض الرد والأخذ .

٢٦٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ولو كان للمشتري شِركٌ في الأرض . . فالأصح : أن الشريك لا يأخذ كل المبيع ، بل حصته**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وإن كان المشتري شريكاً . . فالشفعة بينه وبين الشريك الآخر**) ومن قول « الحاوي » [ص ٣٦٠] : (**وللشركاء ولو فيهم المشتري**) ومن قول « الروضة » : إنهما يشتركان في الأخذ[1] ؛ لأن المشتري لا يأخذ ، وكيف يأخذ من نفسه ، وإنما يدفع الثالث عن أخذ حصته ؟ ، وقول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**في الأرض**) حشو .

٢٦٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ولا يشترط في التملك بالشفعة حكم حاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري**) كذا في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[2] ، واستشكله في « المطلب » لما سيذكره بعده من أنه لا بد مع لفظ التملك من أحدها ، قال : وأقرب ما يمكن أن يحمل عليه أن مجموع الثلاثة لا يشترط .

قال في « المهمات » : وهـٰذا الحمل الذي قاله لا يستقيم مع تكرار لا النافية ، بل الممكن في الحمل أن كل واحد بخصوصه لا يشترط .

٢٦٨٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٦١] : (**تملكت أو أخذت بالشفعة**) يقتضي حصر الصيغة في هـٰذين اللفظين ، وليس كذلك ، وعبارة « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ويشترط لفظ من الشفيع ؛ كـ « تملكت » أو « أخذت بالشفعة »**) زاد في « أصل الروضة » لفظة ثالثة ، وهي : اخترت الأخذ بالشفعة ، ثم قال : وما أشبهه ، وإلا . . فهو من المعاطاة ، ولو قال : (أنا مطالب بالشفعة) . . لم يحصل به التملك على الأصح[3] .

٢٦٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ويشترط مع ذلك : إما تسليم العوض إلى المشتري ، فإذا تسلمه أو ألزمه القاضي التسلُّم . . ملك الشفيع الشقص**) عبارة « أصل الروضة » : (**فيملك به إن تسلمه** ، وإلا . . فيُخلىٰ بينه وبينه ، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتىٰ يلزمه التسلم) ومقتضاها : أن التخلية بينه وبينه كافية ، وإن لم يتسلم ، ولا ألزمه القاضي التسلم ، ثم زاد في « **الروضة** » : (أو يقبض عنه القاضي)[4] ، فهـٰذان أمران لم يذكرهما في « المنهاج » : التخلية بينه وبينه ، وقبض القاضي عنه ، واقتصر « الحاوي » علىٰ قوله [ص ٣٦١] : (**أو تسليم ما بذل**) ، ولعله مع اختصاره

---

(١) الروضة (٥/ ٧٩) .

(٢) المحرر (ص ٢١٨) ، فتح العزيز (٥/ ٥٠٤) ، الروضة (٥/ ٨٣) .

(٣) الروضة (٥/ ٨٣) .

(٤) الروضة (٥/ ٨٤) .

أعم ؛ فإن مقتضاه : الاكتفاء بالتسليم سواء انضم إليه تسلم من المشتري ، أو مجرد تخلية بينه وبينه ، أو قبض القاضي ، أو إلزامه التسلم .

٢٦٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٦١] : (**وإما رضا المشتري بكون العوض في ذمته**) قال شيخنا الإمام البلقيني : بقاء الثمن في ذمة الشفيع فيه نظر ؛ فلم يجر عقد اختياري يقتضي كون الثمن في ذمته ، ومجرد تسليم الشقص لا يقتضي ذلك ، ولا الرضا ، والحديث يأباه ؛ فإنه عليه الصلاة والسلام قال : « فإن باعه .. فهو أحق به بالثمن »[١] ، والمراد : بدفع مثل الثمن ، فلم يجعله أحق إلا بالدفع ، ولا دفع . انتهىٰ .

وعلى المنقول يستثنىٰ منه ما لو باع داراً علىٰ بابها صفائح ذهب بفضة ، أو عكسه فلا يكفي الرضا ، بل يشترط التقابض .

٢٦٨٨ـ قولهما : (**وإما قضاء القاضي له بالشفعة**)[٢] المراد : القضاء بثبوت حق الشفعة لا بالملك[٣] .

٢٦٨٩ـ قول « الحاوي » [ص ٣٦١] : (**لا بالإشهاد**) أي : لا يملك بإشهاد عدلين على الشفعة ، تبع فيه « الوجيز » فإنه **صححه**[٤] ، وفيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[٥] .

٢٦٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**فإن طلب وأعوزه الثمن .. بطلت الشفعة**) **الأصح عند الجمهور** : أنه يمهل ثلاثة أيام ، فإن انقضت ولم يُحضره .. فسخ الحاكم تملكه .

واستشكل هـٰذا فيما إذا ملك بالرضا في الذمة ، وقال في « المطلب » : **القياس** : أن يكون كالبائع حتىٰ يجبر على التسليم أولاً **على الصحيح** ، وقد صرح به الإمام هنا ؛ لأن المشتري في هـٰذه الحالة في رتبة البائع ، والشفيع في رتبة المشتري .

٢٦٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ولا يتملك شقصاً لم يره الشفيع على المذهب**) عبارة « المحرر » : (**أظهر الطريقين** : أن تملك الشفيع الشقص الذي لم يره على الخلاف في شراء الغائب ، والثاني : المنع بكل حال)[٦] ، فهي أحسن ؛ بيَّن أن **الأصح** : طريقة الخلاف ، وسلم من إيقاع الظاهر موقع المضمر ، ولو قال « المنهاج » : (ولا يتملك الشفيع شقصاً لم يره) .. لكان أحسن ، وقد يفهم من اقتصارهم علىٰ ذكر رؤية الشفيع الآخذ عدم اعتبار رؤية المأخوذ منه ،

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٨) ، واللفظ للبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١١٣٥٣) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٣٦١) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٧) .
(٣) في حاشية (ج) : (كما صرح به في « المطلب ») .
(٤) الوجيز (١/٣٨٩) .
(٥) الروضة (٥/٨٤) .
(٦) المحرر (ص ٢١٨) .

ويتصور في الشراء بالوكالة وفي الأخذ من الوارث ، ولم أر فيه نقلاً ، وهو متجه ؛ لأنه قهري لا اختيار له فيه ، والله أعلم .

فصل

[فيما يؤخذ به الشقص]

٢٦٩٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**إن اشترىٰ بمثليٍّ . . أخذه الشفيع بمثله ، أو بمتقومٍ . . فبقيمته**)[١] فيه أمران :

أحدهما : أنه يدخل في كلامهم ما لو قدر المثلي بغير معياره الشرعي ؛ كقنطار حنطة ، **والأصح** كما ذكره الرافعي في (باب القرض) : أنه يأخذ بمثله وزناً[٢] ، وحكىٰ في « الكفاية » عن الجمهور : أنه يكال ، ويأخذ بقدره كيلاً ، وفي وجه غريب حكاه الهروِي في « أدب القضاء » : أنه يتعذر الأخذ بالشفعة .

ثانيهما : دخل في عبارتهم ما لو ملك الشفيع الثمن نفسه قبل الاطلاع ثم اطلع واقتضت أنه يأخذ أيضاً بمثله أو قيمته ، وقال في « المطلب » : يظهر تعين الأخذ بنفس الثمن لا سيما المتقوم ؛ لأن العدول عنه كان لتعذره ، ويحتمل خلافه .

٢٦٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**بقيمته وقت لزوم العقد**) أي : بانقطاع الخيار ، **صححه** جماعة ، **ورجحه** ابن الرفعة إن قلنا : لا ينتقل الملك إلا به ، لكن **الأصح** : اعتبار قيمته وقت البيع ، ونقل عن النص ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٣] ، ولو عبرا بـ(وقت العقد) . . لكان أحسن من تعبيرهما بـ(يوم العقد) .

٢٦٩٤ـ قول « التنبيه » في الثمن المؤجل [ص ١١٧] : (**والثاني : أنه يأخذه بثمن مؤجل**) شرط هـٰذا القول : كون الشفيع مليّاً ثقة ، أو إقامة كفيل لذلك علىٰ أحد وجهين ، **رجحه في** « الكفاية » تبعاً للإمام ، وهو ما في « التتمة » .

٢٦٩٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٦٤] : (**بادر بالطلب لا إن أجل الثمن**) تبع فيه الرافعي ؛ فإنه رجح في « شرحيه » في المؤجل : أنه لا يجب إعلام المشتري بالطلب قبل الأجل ، فقال : إنه أشبه بكلام الأصحاب ، وانعكس ذلك على النووي ، **فصحح في** « أصل الروضة » الوجوب[٤] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٧) ، و« الحاوي » (ص ٣٦١ ، ٣٦٢) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٤/٤٣٢) .

(٣) الحاوي (ص ٣٦١) ، المنهاج (ص ٢٩٧) .

(٤) فتح العزيز (٥/٥٠٩) ، الروضة (٥/٨٨) .

٢٦٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٧] : (**ولو بيع شقص وغيره**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٣٦٢] : (**منقول**) لعمومه ؛ فقد يكون المبيع مع الشقص أرضاً أخرىٰ كاملة .

٢٦٩٧ـ قوله : (**أخذه بحصته من القيمة**)[1] **صوابه** : من الثمن باعتبار القيمة ؛ فإنه لو كان الثمن الذي بيع به الشقص وغيره ثلاث مئة ، وكانت قيمة الشقص مئة والآخر خمسين . . أخذه بثلثي الثمن ، وهو مئتان في مثالنا ، ولو أخذه بثلثي القيمة . . لأخذه بمئة ، وليس الأمر كذلك ، وعبارة « الحاوي » [ص ٣٦٢] : (**وحصته إن باع مع منقول**) ، فلم يبين حصته من أي شيء ، لكن يقال في جوابه : لما تقرر أن الأخذ بمثل الثمن أو قيمته . . فالمراد : الحصة من ذلك ، فسكوته عنه ؛ لوضوحه .

٢٦٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٨] : (**ولو اشترىٰ بجزافٍ وتلف . . امتنع الأخذ**) أعم من تصوير « المحرر » بالموزون[2] ، و« الروضة » وأصلها بالموزون والمكيل[3] ؛ لتناوله أيضاً المذروع وغيره ، ثم فيه أمران :

أحدهما : في معنىٰ تلفه : ما لو كان باقياً غائباً . . فإن البائع لا يلزمه إحضاره ولا الإخبار بقدره .

ثانيهما : لفظ الجزاف لا يتناول بعض المتقومات ؛ كفص مجهول القيمة ضاع ، فتعبير « الحاوي » بالجهالة أحسن[4] ؛ لأنه يتناول هـٰذه الصورة والتي قبلها ، وعبارته بعد أن ذكر أن القول قول المشتري في الجهل بقدر الثمن : (**وتسقط**)[5] أي : الشفعة عند الجهل .

٢٦٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٨] : (**وإن ادعىٰ علمه ولم يعين قدراً . . لم تُسمع دعواه في الأصح**) تبع فيه « المحرر »[6] ، وكذا في « أصل الروضة » ، والرافعي حكىٰ تصحيحه عن البغوي فقط ، وأقره[7] ، وعليه مشى « الحاوي »[8] ، وحكاه في « النهاية » عن النص[9] ، ومحل الخلاف : أن يطالبه ببيان القدر ، فإن لم يفعل ذلك . . لم تسمع دعواه جزماً .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٧) .
(٢) المحرر (ص ٢١٩) .
(٣) فتح العزيز (٥/٥١٦) ، الروضة (٥/٩٢) .
(٤) الحاوي (ص ٣٦٣) .
(٥) الحاوي (ص ٣٦٣) .
(٦) المحرر (ص ٢١٩) .
(٧) فتح العزيز (٥/٥١٦) ، الروضة (٥/٩٢) .
(٨) الحاوي (ص ٣٦٤) .
(٩) نهاية المطلب (٧/٣١٢) .

٢٧٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٨] : (**وإذا ظهر الثمن مستحقاً ؛ فإن كان معيناً . . بطل البيع والشفعة**) في معنىٰ ذلك : خروج الدنانير نحاساً ، أما لو خرج رديئاً . . فللبائع الخيار بين الرضا والاستبدال ، فإن رضي . . لم يلزم المشتري الرضا بمثله ، بل يأخذ من الشفيع ما اقتضاه العقد ، ذكره البغوي[١] ، قال النووي : وفيه احتمال ظاهر[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما قاله البغوي جار علىٰ قوله فيما إذا خرج العبد الذي أخذه البائع ثمناً معيباً ورضي به البائع : أن على الشفيع قيمته سليماً ؛ لأنه الذي اقتضاه العقد ، وقال الإمام : إنه غلط ، وإنما عليه قيمته معيباً ، حكاهما في « الروضة »[٣] ، قال شيخنا : فالتغليظ في المثلي أولىٰ ، قال : **والصواب** : أن في كلا المسألتين وجهين ، **والأصح** عندي فيهما : اعتبار ما ظهر .

٢٧٠١ـ قول « التنبيه » فيما إذا أخذ الشقص بعوض مستحق [ص ١١٧] : (**فقد قيل : تبطل شفعته ، وقيل : لا تبطل**) **الأصح** : الثاني ، ومحلهما : مع العلم بالاستحقاق ، فإن جهله . . لم تبطل قطعاً ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٨] : (**وإن دفع الشفيع مستحقاً . . لم تبطل شفعته إن جهل ، وكذا إن علم في الأصح**) ثم ظاهر عبارة « المنهاج » أنه لا فرق بين أن يكون معيناً أو في الذمة ، وعبارة « التنبيه » تقتضي أن الخلاف في المعين ، وهو الذي **صححه النووي** من زوائده تبعاً لأبي حامد وآخرين[٤] ، فإن كان في الذمة . . لم يبطل قطعاً ، فأطلق « المنهاج » محل الخلاف علىٰ طريقته ، وقد ظهر أن للخلاف شرطين أهمل كل منهما واحداً .

٢٧٠٢ـ قول « الحاوي » [ص ٣٦٢] : (**وإن خرج مستحقاً . . أبدل**) يقتضي أن الشفيع ملك الشقص ، فلا يفتقر إلىٰ تملك جديد والثمن دين عليه ، وهو وجه **صححه الغزالي**[٥] ، قال الرافعي : وهو خلاف المفهوم من كلام الجمهور[٦] ، وتظهر فائدة الخلاف في الفوائد ، وعبارة « التنبيه » و« المنهاج » ساكتة عن هـٰذا ، والله أعلم .

٢٧٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٨] : (**وللشفيع نقض ما لا شفعة فيه ؛ كالوقف**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٣٦٣] : (**ونقض تصرفه**) فإنه عمم في جميع التصرفات ، ثم أخرج منها البيع خاصة بقوله بعده : (**وإذا باع . . أخذ بما شاء**)[٧] ، ولا شك أن كل معاوضة في معنى البيع كما تقدم ،

---

(١) انظر « التهذيب » (٤/٣٥٤) .

(٢) انظر « الروضة » (٥/٩٤) .

(٣) الروضة (٥/٩١) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/٤٠٠) .

(٤) نظر « الروضة » (٥/٩٣) .

(٥) انظر « الوجيز » (١/٣٩١) ، و« الوسيط » (٤/٨٨) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/٥١٨) .

(٧) الحاوي (ص ٣٦٣) .

فالضابط في تعين النقض ما ذكره « المنهاج » ، وهو : كل تصرف لا شفعة فيه ، ومع ذلك فتعبير « التنبيه » بقوله [ص ١١٨] : (**وإن وهب أو وقف . . فله أن يفسخ**) أحسن منهما ؛ فإن النقض رفع الشيء من أصله كما سبق في (أسباب الحدث) فلذلك اعترض شيخنا الإسنوي على التعبير بالنقض ، وقال : الأولى التعبير بالإبطال .

قلت : وأحسن منه تعبير « التنبيه » بالفسخ ، لكن يتميز « المنهاج » عليه بذكره ضابط المسألة .

واعلم : بأن المراد بالنقض أو الفسخ : إبطاله بالأخذ ، لا أنه يحتاج إلىٰ لفظ قبله ، نبه عليه في « المطلب » بحثاً .

٢٧٠٤ــ قول « التنبيه » فيما لو أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع ، وقال : أخذت الثمن [ص ١١٨] : (**لم يأخذ الشفيع علىٰ ظاهر المذهب**) **الأصح** : أنه يأخذ ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٢٩٨] : (**وإن اعترف : فهل يترك في يد الشفيع أم يأخذه القاضي ويحفظه ؟ . . فيه خلاف سبق في الإقرار نظيره**) وعبارته في (الإقرار) [ص ٢٨٠] : (**وإذا كذب المقرُّ له المقرَّ . . تُرك المال في يده في الأصح**) وقد ذكره « الحاوي » هنا بقوله [ص ٣٦٤] : (**وإن قبض الثمن . . قُرِّر في يده**) ، وسبق وجه ثالث : أن المقر له يجبر علىٰ أخذه ، وعبارة « الروضة » في حكايته هنا : (أو الإبراء منه)[١] ، وهو يدل علىٰ أن ذلك الخلاف يجري في الدين أيضاً ؛ فإن الإبراء لا يكون في العين .

وقال في « المهمات » : تكرر من الرافعي تخريج الدين على الأوجه في العين ، وهو يقتضي أن **الراجح** : تسلط الشفيع على التملك والتصرف مع كون الثمن في ذمته ، وهو لا يوافق القواعد السابقة ؛ فقد سبق أن الممتنع لا بد من رفعه إلى القاضي ليلزمه القبض أو يخلي بينه وبين الثمن ليحصل الملك للشفيع ، فإن فرض في هٰذه المسألة حصول الملك بسبب آخر ؛ كالقضاء . . استقام، ويتطرق ما ذكرناه إلى الإبراء أيضاً؛ فإنه إنما يكون بعد ثبوت الدين ، وثبوته إنما يكون وقت الملك ، لا جرم أن ابن الرفعة في كتابيه ذكر أن الخلاف محله في العين ، ثم قال : وأجراه شارح « التنبيه » ـ وهو ابن يونس ـ في الدين أيضاً ، ولم أره لغيره ، هٰذا كلامه ، وهو غريب . انتهىٰ .

وقال شيخنا ابن النقيب : هناك المشتري معترف بالشراء ، وهنا بخلافه[٢] .

٢٧٠٥ــ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وإن ادعى المشتري الشراء والشقص في يده والبائع غائب . . فقد قيل : يأخذ ، وقيل : لا يأخذ**) **الأصح** : الأول ، ويكتب القاضي في السجل أنه أخذ

---

(١) الروضة (٥/٩٨) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٧٢) .

بالتصادق ؛ ليكون الغائب علىٰ حجته ، **وصحح النووي** في « نكت التنبيه » الثاني ، وهو خلاف ما في « الروضة »[1] .

٢٧٠٦ـ قوله : (**وإن كان للشقص شفيعان . . أخذا علىٰ قدر النصيبين في أحد القولين ، وعلىٰ عدد الرؤس في الآخر**)[2] **صحح الرافعي والنووي** الأول[3] ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، وقال في « المهمات » : هو خلاف مذهب الشافعي ؛ فإنه لما حكى القولين في « الأم »[5] . . قال : والقول الثاني : أنهما في الشفعة سواء ، وبهـٰذا القول أقول ، قال البندنيجي : والأصحاب كثيراً ما يخالفون الشافعي لا عن قصد ، ولكن لقلة اطلاعهم علىٰ نصوصه ، وقال في « المطلب » : وما قاله الأصحاب هنا عجيب ، وكيف لا يعجب منه مع قوة ما احتج به الشافعي وعدم وضوح ما استدلوا به ؟! انتهىٰ .

واختار السبكي هـٰذا القول الثاني أيضاً ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : وهو الذي **صححه** في نظيره من السراية ، بل قال المزني : إن الشافعي لم يختلف قوله في العتق ؛ يعني أن القيمة تكون علىٰ عدد الرؤس ، قال : وممن صحح القول الثاني أبو الفرج الزاز في « تعليقه » ، وقال : إنه **الجديد الصحيح** ، وعكس الماوردي فقال : إن **الجديد الصحيح** : الأول ، وصحح الثانيَ أيضاً الغزالي في « شفاء العليل » . انتهىٰ .

٢٧٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وإن مات الشفيع . . انتقل حقه إلى الورثة**) **الأصح** : القطع بأنه علىٰ قدر الإرث ، وقيل : بالسوية قطعاً ، وقيل : على القولين ، ودخل في عبارته الحمل ، وظاهرها أن وليه يأخذ له بالشفعة قبل انفصاله ، والذي صدر به كلامه في « الكفاية » المنع ، ولم يحك الجواز إلا عن حكاية الرافعي وجهاً .

نعم ؛ لو أخذ وليه وظهر حياً . . ففي صحة الأخذ وجهان في « الكفاية » .

٢٧٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٨] : (**ولو باع أحد شريكين نصف حصته لرجل ثم باقيها لآخر . . فالشفعة في النصف الأول للشريك القديم ، والأصح : أنه إن عفا عن النصف الأول . . شاركه المشتري الأول في النصف الثاني ، وإلا . . فلا**) ذكر شيخنا ابن النقيب أن صورة المسألة : أن يكون بيع باقيها لآخر قبل أخذ الشريك ما بيع أولاً[6] ، وعبر «الحاوي» عن المسألة بقوله [ص ٣٦٠] :

---

(١) الروضة (٥/٩٩) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١١٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥/٥٢٧) ، و« الروضة » (٥/١٠٠) .

(٤) الحاوي (ص ٣٦٠) ، المنهاج (ص ٢٩٨) .

(٥) الأم (٤/٣) .

(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٧٢) .

(**وإن تقرر بعد**) وقال البارزي في تقريره : وإن تقرر الملك بعد ثبوت الشفعة . . ثبتت أيضاً بقدر الملكين ، فلو باع أحد الشريكين نصف حصته لواحد وشرط له الخيار ثم باقيها لآخر قبل أن يعفو الشريك القديم عن الأول . . فالمشتري الأول يساهم الشريك القديم في أخذ الشفعة إذا عفا عنه وانقضى الخيار .

٢٧٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٨ ، ٢٩٩] : (**والأصح : أنه لو عفا أحد شفيعين . . سقط حقه ، ويُخَيَّر الآخر بين أخذ الجميع وتركه**) قال شيخنا ابن النقيب : ظاهر قوله : (**ويخير**) الجزم به ، وإلا . . لقال : وإن الآخر يتخير ، لكن قيل : إنه يسقط حقه أيضاً تغليباً للسقوط كالقصاص . انتهى[١] .

وهو ممنوع ؛ فقوله : (**ويخير**) من تتمة ما تقدم ، فهو داخل فيما عبر عنه بالأصح ، كما قال هو في قول « المنهاج » بعده [ص ٢٩٩] : (**وليس له الاقتصار علىٰ حصته**) أنه من تتمته .

٢٧١٠ـ قول « التنبيه » فيما لو غاب أحدهما [ص ١١٨] : (**أخذ الآخر جميع المبيع أو ترك**) قد يفهم أنه يلزمه المبادرة لذلك ، وليس كذلك ، بل له تأخير الأخذ إلىٰ قدوم الغائب على **الأصح** ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، ونسبه الماوردي للمزني ، ثم قال : **والأظهر** : البطلان .

٢٧١١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وإن ورث رجلان داراً عن أبيهما ثم مات أحدهما وترك ابنين ثم باع أحد هـٰذين الابنين نصيبه . . كانت الشفعة بين الأخ والعم في أصح القولين**) مثال ، وضابط المسألة : أن يكون بين أحد الشركاء والبائع اختصاص ، وكذا عبر به صاحب « التنبيه » في مختصره ؛ ليتناول نحو ما إذا اشترى اثنان داراً وباع أحدهما نصيبه ، أو وهبه من اثنين ثم باع أحدهما . . ففيه مثل هـٰذا الخلاف ، وعلى القول بأنها للأخ لو عفا . . ففي ثبوتها للعم وجهان ، قال في « الروضة » : ينبغي أن يكون **الأصح** : الثبوت[٣] .

٢٧١٢ـ قوله : (**وإن هلك بعض الشقص بغرق . . أخذ الباقي بحصته من الثمن**)[٤] جزم به الرافعي والنووي هنا[٥] ، لكنهما رجحا في حكم المبيع قبل القبض أن غرق الأرض المشتراة ليس كالتلف ، بل يثبت الخيار فقط ، وهو مشكل .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٧٣) .
(٢) الحاوي (ص ٣٦٠) ، المنهاج (ص ٢٩٩) .
(٣) الروضة (٥/١٠٠) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١١٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٥١١) ، و« الروضة » (٥/٨٩) .

٢٧١٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**والأظهر : أن الشفعة على الفور**)[١] أي : طلبها وإن تأخر التملك ، وقد صرح بذلك « الحاوي » فقال [ص ٣٦٤] : (**بادر بالطلب**) ، وهـٰذا إذا علم بالبيع ، فإن لم يعلم . . فحقه باق وإن طالت المدة .

ويستثنىٰ من اشتراط الفور مسائل :

إحداهما : إذا اشترىٰ بمؤجل . . فالشفيع مخير بين التعجيل والأخذ في الحال والصبر إلى المحل **على الأظهر** .

الثانية : إذا أخبر بالبيع علىٰ غير ما وقع من زيادة في الثمن ونحوها ، فترك ثم تبين خلافه . . فحقه باق ، وقد ذكرهما الثلاثة ، لكن « الحاوي » أحسنهم لهما ذكراً ؛ فإنه ذكرهما هنا استثناء من الفورية ، وذكر للإخبار كذباً صوراً ، لكن قوله : (**أو كذب في جنسه**)[٢] يزاد عليه : (أو نوعه) .

الثالثة : إذا كان أحد الشفيعين غائباً . . فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلىٰ حضوره ، وقد ذكرها « المنهاج » و« الحاوي » ، واستثناها هنا من الفور[٣] .

الرابعة : له التأخير أيضاً لانتظار إدراك الزرع وحصاده **على الأصح** ، وهـٰذه ترد على « الحاوي » أيضاً .

الخامسة : قال شيخنا الإمام البلقيني : إنما تكون الشفعة **على** الفور إذا لم يكن الشقص الذي يأخذ بسببه مغصوباً ، نص عليه في « البويطي » فقال : وإن كان في يدي رجل شقص من دار ، فغصب علىٰ نصيبه ، ثم باع الآخر نصيبه ، ثم رجع إليه . . فله الشفعة ساعة رجع إليه .

تَنْبِيهٌ

[المراد بفورية الشفعة]

المراد بكونها على الفور : أنه يبادر على العادة ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، والمراد : أن ذلك يكون عقب علمه بالشراء إن لم يثبت للشفيع خيار المجلس ، وهو الذي **صححه الرافعي** في « المحرر » في (البيع)[٥] ، ووافقه النووي في سائر كتبه ، وحكاه عن الأكثرين[٦] ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٧) ، و« المنهاج » (ص ٢٩٩) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٣٦٤) .
(٣) الحاوي (ص ٣٦٤) ، المنهاج (ص ٢٩٩) .
(٤) الحاوي (ص ٣٦٤) ، المنهاج (ص ٢٩٩) .
(٥) المحرر (ص ١٤٣) .
(٦) انظر « الروضة » (٥/ ٨٥) .

فإن قلنا : بثبوت الخيار له ـ وهو الذي **صححه الرافعي** في « الشرح » في (الشفعة)[1] ـ . . فقال شيخنا ابن النقيب هنا : تكون المبادرة عقب انقضاء المجلس . انتهىٰ[2] .

وفيه نظر ؛ فإن في « أصل الروضة » في (البيع) أنه قيل : إن معنىٰ ثبوت الخيار له : أنه بالخيار بين الأخذ والترك ما دام في المجلس ، وأن إمام الحرمين قال : هـٰذا غلط ، بل **الصحيح** : أنه على الفور ، ثم له الخيار في نقض الملك ورده[3] ، وصرح في « شرح المهذب » بتصحيح مقالة الإمام[4] ، وهو مقتضىٰ كلام الرافعي هنا .

٢٧١٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : **(وإلىٰ ثلاثة أيام في قول ، وعلى التأبيد في قول إلىٰ أن يصرح بالإسقاط أو يعرض)** فيه أمور :

أحدها : اعترض علىٰ تعبيره عن قول الثلاثة : بأن مقتضاه : بقاء الشفعة فيها ولو صرح بإسقاطها أو عرض ، وليس كذلك ، فلا بد من تقييده .

وجوابه : أن قوله : **(إلىٰ أن يصرح بالإسقاط أو يعرض)** يتعلق بالقولين معاً ، ولا يختص بالأخير كما فهمه هـٰذا المعترض ، وهـٰذا **مقتضىٰ مذهب الشافعي** رحمه الله في الأصول .

ثانيها : قد يفهم أنه ليس له علىٰ قول التأبيد رفع الأمر إلىٰ حاكم ليأخذ أو يترك ، وهو وجه اختاره السبكي ، **والأصح** : خلافه .

ثالثها : وقع في أكثر النسخ : **(وإلىٰ أن يصرح بالإسقاط)** بزيادة (واو) في أول الكلام ، ومقتضاه : أن هـٰذا قول غير الأقوال الثلاثة ، فيكون القولان اللذان قبله : بقاء الشفعة له ولو صرح بالإسقاط أو عرض ، وليس كذلك ، فزيادة هـٰذه الواو غلط .

٢٧١٥ـ قول « التنبيه » في مثال التعريض بالإسقاط [ص ١١٧] : **(بأن يقول : « بكم الثمن »)** طريقة العراقيين ، **والأصح** عند الرافعي والنووي وغيرهما : أنه لا تبطل الشفعة بذلك وإن قلنا : إنها على الفور[5] ، وعليه مشى « الحاوي »[6] .

٢٧١٦ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : **(وإن بلغه الخبر وهو مريض أو محبوس ولم يقدر على التوكيل . . فهو علىٰ شفعته)** فيه أمور :

---

(١) فتح العزيز (٥/٥٠٦) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٧٥) .
(٣) فتح العزيز (٤/١٧٢) ، الروضة (٣/٤٣٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (٥/٣٥) .
(٤) المجموع (٩/١٦٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٥٤٢) ، و« الروضة » (٥/١١٠) .
(٦) الحاوي (ص ٣٦٤) .

أحدها : المراد : المرض المانع من المطالبة ، بخلاف الصداع اليسير ونحوه ، ويرد ذلك أيضاً علىٰ إطلاق « المنهاج » المرض[1] .

ثانيها : والمراد : الحبس ظلماً أو بدين وهو معسر وعاجز عن البينة بإعساره .

ثالثها : ظاهره أنه لا يشترط الإشهاد عند القدرة عليه ، **والأصح** : خلافه ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٩] : (**فليُوكل إن قَدَرَ ، وإلا . . فليُشهد على الطلب ، فإن ترك المقدور عليه منهما . . بطل حقه في الأظهر**) ، وفيه أمور :

أحدها : أن تعبيره في مسألة الخلاف يقتضي أن صورتها : ألاَّ يقدر إلا علىٰ أحدهما ، فإن قدر عليهما . . فمقتضىٰ عبارته أولاً : أن واجبه التوكيل ، فالعدول عنه للإشهاد تقصير ، وعبارة « أصل الروضة » : فينبغي للمريض أن يوكل إن قدر ، فإن لم يفعل . . بطلت شفعته **على الأصح** ؛ لتقصيره ، **والثاني** : لا ، **والثالث** : إن لم يلحقه في التوكيل منَّة ولا مؤنة ثقيلة . . بطلت ، وإلا . . فلا ، فإن لم يُمكنه . . فليُشهد على الطلب ، فإن لم يشهد . . بطلت **على الأظهر أو الأصح** . انتهىٰ[2] .

وعبارة « المنهاج » لا تشبهها ، فإذا أردنا ردها إليها . . قلنا : قوله : (**فإن ترك المقدور عليه منهما**)[3] أي : كل واحد في محله ومرتبته ؛ التوكيل عند القدرة عليه سواء أقدر على الإشهاد أم لا ، والإشهاد عند العجز عن التوكيل ؛ بدليل أنه في صدر كلامه جعل محل الإشهاد عند العجز عن التوكيل ، فصار صدر كلامه يوضح الإيهام الذي في آخره .

ثانيها : تعبيره في ترك التوكيل عند القدرة عليه بالأظهر مخالف لتعبير « الروضة » بـ (الأصح)[4] ، والذي في « الشرحين » أن الخلاف فيها أوجه[5] .

ثالثها : تعبيره فيٰ ترك الإشهاد بالأظهر جزم بأن الخلاف قولان ، وقد تردد فيه في « الروضة » وأصلها[6] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٣٦٤ ، ٣٦٥] : (**بنفسه أو نائبه ، ثم أشهد ، فإن ترك المقدور ـ لا توكيلاً فيه مؤنة ، أو ثِقَلُ منَّة ـ . . بطل**) وفيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : التخيير بين المبادرة بنفسه وبوكيله مع القدرة ، وأن التوكيل لا يختص

---

(١) المنهاج (ص ٢٩٩) .
(٢) الروضة (٥/١٠٧) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢٩٩) .
(٤) الروضة (٥/١٠٧) .
(٥) فتح العزيز (٥/٥٣٩) .
(٦) فتح العزيز (٥/٥٣٩) ، الروضة (٥/١٠٧) .

بحالة المرض ونحوها ، وهو فقه جيد واضح ، لكن لم أرهم ذكروا التوكيل إلا عند العجز بالمرض ونحوه ، ولعل ذلك ؛ لأن التوكيل حينئذ يتعين طريقاً لا لأنه يمتنع مع القدرة على الطلب بنفسه .

ثانيهما : ما ذكره في التوكيل الذي فيه مؤنة أو ثقل منَّة : إن تركه . . لا تبطل الشفعة ، تبع فيه « الوجيز »[1] ، **والأصح** عند الرافعي والنووي : خلافه كما قد عرفت[2] .

٢٧١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وإن بلغه وهو غائب فسار في طلبه ولم يشهد . . ففيه قولان**) **صحح** النووي في « تصحيح التنبيه » : سقوط شفعته[3] ، **وصحح** في « الروضة » وأصلها : عدم السقوط[4] ، لكن **المصحح** في نظيره من الرد بالعيب السقوط .

٢٧١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٢٩٩] : (**فلو كان في صلاةٍ أو حمامٍ أو طعامٍ . . فله الإتمام**) قد يفهم أنه لو حضر وقت الصلاة أو الطعام ولم يشرع فيه . . لم يكن له ذلك ، وليس كذلك ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٣٦٤] : (**وإن أتم النفل والأكل أو اشتغل بهما وقتهما**) .

٢٧١٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**فإن أخر وقال : « أخرت لأني لم أصدق المخبر » فإن كان المخبر صبياً أو امرأة أو عبداً . . لم تبطل شفعته**) **الأصح** : أنها تبطل بإخبار العبد أو المرأة إذا كان ثقة ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٩] : (**وكذا ثقة في الأصح**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٦٤] : (**مقبول روايته**) .

٢٧٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وإن كان حراً عدلاً . . فقد قيل : هو على شفعته ، وقيل : تبطل**) **الأصح** : الثاني كما تقدم ، وكل هـٰذا في أخبار الآحاد ، فلو بلغ المخبرون حد التواتر . . لم يعذر ولو كانوا فساقاً ، كذا في « أصل الروضة »[5] ، ولو قال : (كفاراً) . . لكان أولىٰ ؛ فإن الحكم كذلك ، كما صرح به في « التتمة » وغيرها ، وعبارته توهم أن حكم الكافر بخلاف الفاسق .

قال في « المطلب » : وكل هـٰذا في الظاهر ، أما في الباطن . . فالاعتبار بما يقع في نفسه من صدق وضده ، ولو من كافر وفاسق وغيرهما ، قاله الماوردي[6] .

٢٧٢١ـ قول « الحاوي » فيما يعذر فيه [ص ٣٦٤] : (**ودعا بالبركة**) صورته كما في « المنهاج » و« الروضة » وأصليهما أن يقول : (**بارك الله في صفقتك**)[7] ومقتضاه : أنه لو زاد عليه :

---

(١) الوجيز (١/ ٣٩٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٥٣٩) ، و« الروضة » (٥/ ١٠٧) .

(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٦٢) .

(٤) فتح العزيز (٥/ ٥٤٠) ، الروضة (٥/ ١٠٨) .

(٥) الروضة (٥/ ١٠٩) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٢٤٣) .

(٧) المحرر (ص ٢٢١) ، فتح العزيز (٥/ ٥٤٢) ، المنهاج (ص ٢٩٩) ، الروضة (٥/ ١١٠) .

(لك) . . بطلت ، قال شيخنا ابن النقيب : وهو واضح تحصل به مصلحة تعليله بأن له غرضاً في أخذ صفقة مباركة ، ويندفع به محذور تعليل مقابله بأنه مشعر بتقرير الشقص بيده . انتهىٰ[1] .

لكن في « المهمات » : أن الإمام والغزالي صورا محل الخلاف بزيادة : (لك) ، قال : فذهل عنه الرافعي ، ولم يتفطن له في « الروضة »[2] .

قلت : والذي وقفت عليه في نسخة صحيحة من الرافعي بزيادة : (لك) ، ويبعد عليه إسقاطها ؛ لأنها في « الوجيز » الذي هو شارح له[3] ، والله أعلم .

٢٧٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وإن باع حصته قبل أن يعلم بالشفعة ثم علم . . فقد قيل : تسقط ، وقيل : لا تسقط**) **الأصح** : الأول ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٢٩٩] : (**لو باع حصته جاهلاً بالشفعة . . فالأصح : بطلانها**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٦٥] : (**أو باع ملكه ، أو وهب ، أو بعضه ـ ولو كان جاهلاً ـ . . بطل**) فزاد مسألة الهبة ، وبيع البعض ، أو هبته ، وقد قال الرافعي في بيع البعض عالماً : **الأظهر** عند الإمام وغيره : البطلان[4] ، وأطلق تصحيحه في « الشرح الصغير » و« الروضة »[5] ، وقال الرافعي في بيع البعض جاهلاً : **الوجه** : أنه على الخلاف ، وقوته تقتضي استواء الترجيح[6] ، وعليه مشى « الحاوي »[7] ، لكن صحح النووي في بيع البعض جاهلاً : عدم البطلان[8] .

ويستثنىٰ من محل الخلاف أيضاً : ما إذا باع بشرط الخيار وفسخ البيع ثم علم . . فله الشفعة ، قاله في « المرشد » .

٢٧٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٧] : (**وإن توكل في بيعه . . سقطت ، وقيل : لا تسقط**) **الأصح** : عدم السقوط .

٢٧٢٤ـ قوله : (**وإن قال : « صالحني عن الشفعة علىٰ مال » . . فقد قيل : تبطل ، وقيل : لا تبطل**)[9] **الأصح** : الثاني ، ومحل الخلاف : إذا كان جاهلاً بفساد الصلح ، فإن كان عالماً

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/١٧٨) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (٧/٣٢٨) ، و« الوسيط » (٤/١٠٠) ، و« فتح العزيز » (٥/٥٤٢) ، و« الروضة » (٥/١١٠) .
(٣) الوجيز (١/٣٩٢) .
(٤) فتح العزيز (٥/٥٤٣) ، انظر « نهاية المطلب » (٧/٤٢٥) .
(٥) الروضة (٥/١١١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٥/٥٤٣) .
(٧) الحاوي (ص ٣٦٥) .
(٨) انظر « الروضة » (٥/١١١) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ١١٧) .

بذلك . . بطل حقه قطعاً ، كما ذكروه في المصالحة عن الرد بالعيب ، وأحالوا عليه هنا ، وكلام شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » يقتضي وجود الخلاف في الحالين ؛ فإنه قال فيما عبر فيه **بالأصح** : وأنه إذا قال : صالحني عن الشفعة علىٰ مال . . لم تسقط شفعته ، وبطلانها إذا صالح عنها علىٰ مال عالماً بفساد المصالحة(1) .

٢٧٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وإن تصرف المشتري في الشقص بالغراس والبناء . . فالشفيع مخير بين أن يأخذ ذلك بقيمته وبين أن يقلع ويضمن أرش ما نقص**) فيه أمور :

أحدها : اقتصر العراقيون هنا علىٰ ذكر هاتين الخصلتين كما في « الكفاية » ، وزاد الرافعي والنووي هنا في التخيير خصلة ثالثة ، وهي : التبقية بأجرة ، وقالا : كما في العارية بلا فرق(2) .

قلت : وقد تقدم في العارية ما في ذلك من الاضطراب .

ثانيها : محل تخيير الشفيع : ما إذا لم يختر المشتري قلع البناء والغراس ، فإن اختار . . فله ذلك ، ولا يكلف تسوية الأرض ، فإن حدث في الأرض نقص . . فيأخذه الشفيع علىٰ صفته أو يترك .

ثالثها : المسألة مشكلة ؛ لأن المشتري إن فعل ذلك قبل القسمة . . فللشفيع قلعه مجاناً ؛ لتعديه بانفراده بالتصرف في المشترك ، وإن كان بعد القسمة . . فاستشكله المزني بأن القسمة تتضمن الرضا من الشفيع ، وإذا رضي بتملك المشتري . . بطلت شفعته .

واستشكله غيره : بأن القسمة تقطع الشركة ، فيصيران جارين ، ولا شفعة للجار .

وأجيب : بالتزام أنه بعد القسمة ، **والجواب** عن إشكال المزني : أن القسمة تصح مع بقاء الشفعة في صور كثيرة :

منها : أن يخبر الشفيع بالشراء بثمن كثير ، فيعفو ويقاسم ، ثم يتبين خلافه .

ومنها : أن تقع القسمة مع وكيله فيها من غير علمه .

وعن الإشكال الثاني : أن الجوار إنما لا يكفي في الابتداء .

رابعها : خرج بذكر الغراس والبناء ما لو تصرف فيها بالزرع . . فإنه يبقىٰ إلىٰ أوان الحصاد بلا أجرة ، وقد ذكر « الحاوي » المسألة وتصويرها ، فقال [ص ٣٦٥] : (**أو قاسم وكيله ، ويُبَقَّىٰ زرعه بلا أجرٍ ، وبناؤه كالعارية**) .

٢٧٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١١٨] : (**وقيل : له أن يرد بخيار المجلس**) صححه الرافعي في

---

(1) تذكرة النبيه (٣/ ١٦٤ ، ١٦٥) .

(2) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٥٢٠) ، و« الروضة » (٥/ ٩٥) .

« الشرح »[1] ، لكنه **صحح** في « المحرر » : أنه لا يرد بخيار المجلس ، **وصححه** النووي في جميع كتبه[2] ، لكن نقل الإمام قطب الدين السنباطي عن النووي : أنه صحح في « تصحيح التنبيه » الأول ، ثم اعترضه ورد عليه شيخنا الإسنوي : بأن هـٰذا ليس موجوداً في « تصحيح النووي » ، وهو كذلك .

* * *

(١) فتح العزيز (٥/٥٠٦) .

(٢) انظر « الروضة » (٥/٨٥) .

كتاب القراض

٢٧٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٠] : (**القراض والمضاربة : أن يدفع إليه مالاً ليتجر فيه والربح مشترك**) قيل : إنه أحسن من قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**ولا يصح إلا علىٰ مال**) لأنه عرف القراض ، ونبه بلفظ الدفع علىٰ أنه لا يصح على الدين سواء أكان على العامل أم غيره ، وفيما إذا كان على العامل وجه في « الكفاية » عن ابن سريج .

قلت : وقد نبه « المنهاج » علىٰ أنه لا يصح على الدين أيضاً بقوله بعد ذلك [ص ٣٠٠] : (**إنه يشترط في المال أن يكون معيناً**) وصرح بذلك « المحرر » فقال عقبه : (فلا يجوز علىٰ دين له في ذمة الغير ، ولا أن يقارض المديون)(١) .

٢٧٢٨ـ قول « الحاوي » [ص ٣٦٦] : (**في خالص نقدٍ مضروبٍ**) كذا قيد الرافعي في « المحرر » النقد بكونه مضروباً(٢) ، لكنه قال في « الشرح الكبير » : يشترط أن يكون نقداً ، وهو الدراهم والدنانير المضروبة . انتهىٰ(٣) .

وهـٰذا يقتضي اختصاص النقد بالمضروب ، فلا حاجة حينئذ للتقييد ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٠٠] : (**ويشترط لصحته : كون المال دراهم أو دنانير**) ، فلم يقيدها بالمضروبة ، واقتضىٰ كلامه اختصاصها بالمضروبة ؛ ولهـٰذا عقبه بقوله : (**فلا يجوز علىٰ تبر وحلي ومغشوش**)(٤) وكذا اقتصر « التنبيه » علىٰ ذكر الدراهم والدنانير(٥) ، ومقتضىٰ عبارة « الشرح » و« الروضة » : أنه لا بد من تقييدها بأن تكون مضروبة(٦) ؛ ولعل الذي في « التنبيه » و« المنهاج » أقرب ، وقد تفهم عبارة « المنهاج » أنه لابد أن يكون رأس المال دراهم فقط ، أو دنانير فقط ، ولا يجوز كونه منهما معاً ، وليس كذلك ، فحينئذ . يكون قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**ولا يصح إلا على الدراهم والدنانير**) أحسن ؛ لدلالته علىٰ أن المذكور جنس رأس المال ، فإما أن يكون منهما أو من أحدهما .

٢٧٢٩ـ وقولهم : (**إنه لا يجوز القراض على المغشوش**)(٧) قال الجرجاني : محله : إذا كان

---

(١) المحرر (ص ٢٢٢) .
(٢) المحرر (ص ٢٢٢) .
(٣) فتح العزيز (٦/٦) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٠) .
(٥) التنبيه (ص ١١٩) .
(٦) فتح العزيز (٦/٦) ، الروضة (١١٧/٥) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١١٩) ، و« الحاوي » (ص ٣٦٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٠) .

الغش ظاهراً ، فإن كان مستهلكاً . . جاز ، وقوى السبكي الوجه الذاهب إلىٰ جواز القراض على الدراهم المغشوشة .

٢٧٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**ولا يصح إلا علىٰ مال معلوم الوزن**) فيه أمران :

أحدهما : أن التقييد بالوزن يقتضي أنه لا يشترط العلم بصفته ، وليس كذلك ، فقد صرح هو باشتراطه في « المهذب »[١] ، وتبعه ابن الرفعة ، ولم يتعرض الرافعي للتصريح به ، لكن أطلق كونه معلوماً ، فقد يدخل فيه العلم بالصفة ، وتعليله يقتضيه ، وكذا أطلق « المنهاج » كونه معلوماً[٢] ، وقال « الحاوي » [ص ٣٦٦] : (**معلوم القدر**) فقيد كـ « التنبيه » .

ثانيهما : أنه لو قارضه علىٰ ما في أحد هـٰذين الكيسين وهما معلومان . . صح ، وهو وجه ، **الأصح** : خلافه ؛ ولهـٰذا اشترط « المنهاج » و« الحاوي » أن يكون معيناً[٣] ، وخرج به ما لو قارض علىٰ دين كما تقدم ، وأورد ذلك على « التنبيه » إذ ليس في عبارته ما يخرجه ، فلو قارضه علىٰ دراهم غير معينة ، ثم عينها في المجلس . . صح ، كما قطع به القاضي حسين والإمام[٤] ، **ورجحه في** « الشرح الصغير » ، وقطع البغوي بالمنع[٥] .

٢٧٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٠] : (**وقيل : يجوز علىٰ إحدى الصُرَّتَيْنِ**) أي : ويتصرف العامل في أيهما شاء ، فيتعين للقراض ، ولا بد أن يكون ما فيهما معلوماً كما قدمته ، وأن تكونا متساويتين ، وهل تشترط الرؤية تفريعاً على اشتراطها في البيع ؟ قال السبكي : فيه نظر ، **والأقرب** : الثاني ؛ ولعل عدول « المحرر » و« المنهاج » عن التعبير بأحد الألفين إلىٰ إحدى الصُرَّتين لهـٰذه الفائدة[٦] ، ولكن صورها الرافعي وصاحب « المهذب » بما إذا دفعهما إليه[٧] ، فإن كان شرطاً . . فلتقيد به عبارة « المنهاج » في حكاية هـٰذا الوجه .

٢٧٣٢ـ قوله : (**ومسلَّماً إلى العامل**)[٨] قد يفهم أنه يشترط تسليمه له حال العقد أو في المجلس ، وليس كذلك ، وإنما المراد : أن اليد له فيه ، فلا يصح الإتيان بما ينافيه ؛ كشرط كونه

---

(١) المهذب (١/ ٣٨٥) .
(٢) المنهاج (ص ٣٠٠) .
(٣) الحاوي (ص ٣٦٦) ، المنهاج (ص ٣٠٠) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٤٤٩) .
(٥) انظر « التهذيب » (٤/ ٣٧٨) .
(٦) المحرر (ص ٢٢٢) ، المنهاج (ص ٣٠٠) .
(٧) المهذب (١/ ٣٨٥) ، فتح العزيز (٦/ ١٧) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٠) .

تحت يد المالك أو غيره ؛ ولهـٰذا عقبه بقوله : (**فلا يجوز شرط كون المال في يد المالك**)[1] ، فقول « الحاوي » [ص ٣٦٦] : (**في يد العامل**) أوضح في هـٰذا المعنىٰ ، وأبعد من هـٰذا الإفهام .

وقول « المنهاج » [ص ٣٠٠] : (**ولا عمله معه**) قد يفهم دخوله فيما احترز عنه بقوله : (**مسلَّماً إلى العامل**)[2] وليس كذلك ، بل هو شرط آخر ، وهو : استقلال العامل بالتصرف .

٢٧٣٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويجوز شرط عمل غلام المالك معه على الصحيح**)[3] المراد : عبده ، كما عبر به « الحاوي »[4] ، ولا بد أن يكون معلوماً بالمشاهدة أو الوصف ، وشرطه : ألاَّ يصرح بالحجر على العامل بألاَّ يتصرف دون الغلام ، أو يكون بعض المال في يده ، وهو مفهوم من تعبيرهم بالعمل .

٢٧٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وعلى العامل أن يتولىٰ بنفسه ما جرت العادة أن يتولاه**) يفهم منعه من الاستنابة فيه ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » بقوله [ص ٣٠٠] : (**ووظيفة العامل التجارة وتوابعها ؛ كنشر الثياب وطيها**) ولا يلزم من كونه وظيفته منع الاستنابة فيه ، لكن أجرة النائب عليه ، وقد أفصح عنه « الحاوي » بقوله [ص ٣٦٩] : (**والنشر والطي وحمل الخفيف والأجر إن استأجر**) لكن عبر « المنهاج » في الفصل الذي يليه بمثل تعبير « التنبيه » فقال [ص ٣٠٢] : (**وعليه فعل ما يعتاد. . .** إلىٰ آخره) لكنه أَدْوَن في صراحة ذلك من قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**بنفسه**) .

٢٧٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**ولا يجوز إلا على التجارة في جنس يعم وجوده**) يقتضي اشتراط جنس ما يقارض عليه ، حتىٰ لو قارضه علىٰ أن يتجر فيما أراد. . لم يصح ، وليس كذلك ، كما صرح به الماوردي وغيره[5] ؛ ولهـٰذا لم يذكره « المنهاج » و« الحاوي » ، وفي اشتراط تعيين النوع وجه ، **الأصح** : خلافه ، عكس الوكالة ، وهو مفهوم عبارة « التنبيه » .

٢٧٣٦ـ قوله : (**فإن علقه علىٰ ما لا يعم ، أو علىٰ ألاَّ يشتري إلا من رجل بعينه. . لم يصح**)[6] لو عبر بقوله : (عقده). . كان أولىٰ ؛ فإنه ليس في هاتين الصورتين تعليق ، وقد ذكر التعليق بعد ذلك .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٠) .

(٢) المنهاج (ص ٣٠٠) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٣٦٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٠) .

(٤) الحاوي (٣٦٧) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٣١٤) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١١٩) .

٢٧٣٧ـ قوله : (**ولا يصح إلا أن يعقد في الحال ، فإن علقه علىٰ شرط . . لم يصح**)[١] قد يفهم أنه لو عقد في الحال وعلق التصرف علىٰ شرط . . صح كما في الوكالة ، وليس كذلك .

٢٧٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٠] : (**ولا يشترط بيان مدة القراض ، فلو ذكر مدة ومنعه التصرف بعدها . . فسد ، وإن منعه الشراء بعدها . . فلا في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : أنه يفهم الصحة فيما لو قال : قارضتك سَنَةً ، ولم يزد ، وكذا يفهمه عبارة « التنبيه » ، لكن **الأصح المنصوص** : البطلان ، وقد دل عليه قول « الحاوي » [ص ٣٦٧] : (**لا مؤقتةٍ**) .

ثانيها : في معنىٰ منعه التصرف : منعه البيع فقط ، وقد صرح بهما في « المحرر » و« الروضة »[٢] ، و« الحاوي » بقوله [ص ٣٦٧] : (**مطلقاً ، أو في البيع**) ولو اقتصروا علىٰ منع البيع كما في قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**علىٰ ألاَّ يبيع بعده**) . . لكان أحسن ؛ لأنه المفسد .

ثالثها : تعبيره في منع الشراء كقول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وإن عقد إلىٰ شهر علىٰ ألاَّ يشتري بعده**) وكذا في « المحرر »[٣] ، لكن في « شرحي الرافعي » و« الروضة » و« الكفاية » في تصوير ذلك الإذن في البيع ، فقالوا في تصويره علىٰ ألاَّ تشتري بعد السنة : ولك البيع[٤] ، ومفهومه : أنه إذا لم يصرح بالإذن في البيع . . بطل قطعاً ، فإن صح ذلك . . ورد على « المنهاج » ، ولا يرد على « التنبيه » لأنه لم يحك خلافاً حتىٰ يحتاج إلىٰ تقييد محله ، لكن اختار في « المطلب » : أنه لا فرق بين أن يأتي بهـٰذه الزيادة أم لا .

رابعها : محل الصحة فيما إذا منعه الشراء كما قال الإمام : أن تكون تلك المدة يتأتىٰ فيها الشراء لغرض الربح ، بخلاف ساعة ونحوها[٥] ، وهـٰذا وارد على « التنبيه » و« الحاوي » أيضاً .

خامسها : أورد عليه : أنه يفهم أنه لو منعه التصرف قبل المدة ؛ بأن عقد في الحال وعلق التصرف علىٰ شرط . . صح ، وليس كذلك ، وقد تقدم إيراد ذلك أيضاً علىٰ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**فإن علقه علىٰ شرط . . لم يصح**) .

٢٧٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٠] : (**ويشترط اختصاصهما بالربح**) أحسن من قول « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (اختصاص الربح بهما)[٦] فإن الباء إنما تدخل على المقصور .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١١٩) .
(٢) المحرر (ص ٢٢٢) ، الروضة (٥/ ١٢٢) .
(٣) المحرر (ص ٢٢٢) .
(٤) فتح العزيز (٦/ ١٤ ، ١٥) ، الروضة (٥/ ١٢٢) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٤٥٤) .
(٦) المحرر (ص ٢٢٢) ، فتح العزيز (٦/ ١٥) ، الروضة (٥/ ١٢٢) .

فصل

[شروط القراض]

٢٧٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**يشترط إيجاب وقبول**) فيه تسمح ؛ فإنهما ركنان لا شرطان ، فقول « الحاوي » [ص ٣٦٦] : (**توكيل بإيجاب وقبول**) لا اعتراض عليه ، وكذا قول « المحرر » : لا بد في القراض[١] .

٢٧٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**وقيل : يكفي القبول بالفعل**) محله : ما إذا كانت صيغة الإيجاب لفظ أمر ؛ كـ (خذ) ، فلو أتىٰ بلفظ عقد ؛ كـ (قارضتك) . . فلا بد من اللفظ ، كذا في « الروضة » وأصلها[٢] ، وعبارة « المحرر » : (فأخذ . . استغنىٰ عن القبول)[٣] ، وحينئذ . . فالمراد بالفعل في « المنهاج » : أخذ الدراهم ؛ ليطابق « المحرر » ، فيستغنىٰ بأخذها فعلاً عن القبول لفظاً ، وليس في « الروضة » وأصلها تعرض للأخذ[٤] ، فظاهره أن المراد بالفعل : التصرف كما في الوكالة والجعالة ، ومقتضاه : أنه لو تصرف فيه قبل أخذه . . كفىٰ ، وفيه نظر ، قاله شيخنا ابن النقيب[٥] .

٢٧٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**من جاز تصرفه في المال . . صح منه عقد القراض**) يتناول المالك والولي ولو كان وصياً أو حاكماً أو قَيِّمَهُ ، وهو صحيح ، والوكيل ، والعبد المأذون ، وعامل القراض مع أنه لا يصح منهم القراض ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**شرطهما كوكيلٍ وموكلٍ**) وهو مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٣٦٦] : (**توكيل**) .

٢٧٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**ولو قارض العامل آخر بإذن المالك ليشاركه في العمل والربح . . لم يجز في الأصح**) قال السبكي : الذي يظهر أن الجواز أقوىٰ ، واحترز بالمشاركة عما لو أذن له في ذلك علىٰ أن ينسلخ من القراض ويكون وكيلاً في نصب الثاني . . فإنه يصح جزماً ، وقد صرح به « الحاوي » بقوله [ص ٣٦٨] : (**وإن قارض بالإذن وانسلخ . . جاز**) ومحله : ما إذا كان المال مما يجوز عليه القراض في تلك الحالة ، فلو وقع ذلك بعد تصرفه وصيرورته عرضاً . . لم يجز ، نبه عليه ابن الرفعة .

٢٧٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**فإن تصرف الثاني . . فتصرف غاصبٍ ، فإن اشترىٰ في الذمة ، وقلنا بالجديد . . فالربح للعامل الأول في الأصح**) فيه أمران :

---

(١) المحرر (ص ٢٢٣) .
(٢) فتح العزيز (٦/ ١٧) ، الروضة (٥/ ١٢٤) .
(٣) المحرر (ص ٢٢٣) .
(٤) فتح العزيز (٦/ ١٧) ، الروضة (٥/ ١٢٤) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٨٦) .

أحدهما : مراده **القول الجديد** : أن الربح للغاصب ، **والقديم** : أنه للمالك ، ولم يتقدم له ذكره ، ففي الإحالة عليه نظر .

ثانيهما : اختار السبكي الوجه الثاني أن الربح للثاني .

٢٧٤٥ـ قوله : (**وعليه للثاني أجرته**)[١] ليس في « المحرر » ، وهو في « الروضة » وأصلها[٢] ، فينبغي تمييزه .

٢٧٤٦ـ قوله : (**ويجوز أن يقارضَ الواحدُ اثنينِ**)[٣] شرطه عند الإمام : استقلال كلٍّ منهما[٤] ، فلو شرط علىٰ كل مراجعة الآخر . . لم يجز ، قال الرافعي : وما أرىٰ أن الأصحاب يُساعدونه عليه[٥] ، **والمشهور** في « المطلب » : إطلاق الجواز كما رواه الرافعي ، وقال في « المهمات » : الأمر كما ظنه الرافعي من الجواز ، فقد حكاهُ الإمام عن ابن سريج ، وصرح به القاضي أبو الطيب والغزالي في « البسيط » ، **ورجح البويطي** من عنده : عدم الجواز ، فقال : لو قارض رجلين علىٰ أن يشتركا . . لم يجز ؛ لأن هـٰذا قراض وشركة ، وقيل : يجوز .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : بل الأصحاب يساعدونه عليه ، وهو الظاهر ، **والوجه** : القطع به ؛ فإن من شرط صحة القراض : الاستقلال بالتصرف ، وهنا ليس كذلك ، ولو شرط على العامل مراجعة المالك . . فسد ، فالأجنبي أولىٰ ، وصرحوا أيضاً بأنه لو نصب عليه مشرفاً . . لم يجز ، وأعلىٰ مراتب هـٰذا الرفيق : أن يكون مشرفاً ، وقالوا فيما إذا شرط عمل غلامه معه ، وصححناه : محله : ما إذا لم يصرح بحجر على العامل ، فإن حجر ، فقال : لا تتصرف دونه . . فسد قطعاً . انتهىٰ .

واستشكل الإمام الصحة مع الاسقلال أيضاً ؛ لعدم وثوق كل منهما بتصرفه ؛ لاحتمال كونه مسبوقاً بتصرف صاحبه ، ثم قال بعد ذلك : إنه باطل لا شك فيه ، حكاه في « المهمات »[٦] .

٢٧٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وإن قال : « قارضتك علىٰ أن الربح كله لي ، أو كله لك » . . فسد العقد ، إلا أنه إذا تصرف . . نفذ تصرفه ، ويكون الربح كله لرب المال وللعامل أجرة المثل**) **الأصح** : أنه لا أجرة له في الصورة الأولىٰ ، وهي قول المالك : إن الربح كله لي ، وقد استثناه « المنهاج » بقوله [ص ٣٠١] : (**إلا إذا قال : « قارضتك وجميع الربح لي » . . فلا شيء له في**

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٠١) .
(٢) فتح العزيز (٢٩/٦) ، الروضة (١٣٣/٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٠١) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٥٤٤/٧ ، ٥٤٥) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٩/٦) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٥٤٥/٧) .

الأصح) والحاوي بقوله [ص ٣٦٨] : (**وإن فسد . . تصرف بأجر المثل إن لم يشرط الكل للمالك**) ، لكن **صحح** ابن الرفعة : أن له الأجرة في الأولىٰ أيضاً ، وقال السبكي : ولم يصحح الأكثرون شيئاً ، وهما مفرعان علىٰ أن هـٰذا قراض فاسد ، وتكون هـٰذه علىٰ تصحيح « المنهاج » وغيره مستثناةً من قولنا : فاسد العقود كصحيحها في الضمان وعدمه ، فإن قلنا : إبضاع . . فلا شيء جزماً .

٢٧٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**ويتصرف العامل مُحتاطاً**) مثل قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وأن يتصرف علىٰ وجه النظر والاحتياط**) وعبر في « المحرر » بالغبطة[(١)] ، وفي « الروضة » بالمصلحة[(٢)] ، وفي « الشرحين » بهما[(٣)] ، وصوب في « المهمات » التعبير بالمصلحة ، وقال : هي كشراء ما يتوقع فيه الربح ، أو بيع ما يتوقع فيه الخسران ، وأما الغبطة . . فهي كما قال في « المطلب » : الزيادة على القيمة زيادة لها بال ، ولا يشترط ذلك ، وفي « الحاوي » [ص ٣٦٨] : (**وهو كالوكيل ، لا في البيع بالعرض ، وشراء ابنه وزوجه**) فاستثنىٰ من كونه كالوكيل : أنه يبيع بالعرض ، وأنه لا يشتري ابن المالك ، ولا أباه ، ولا زوجه .

ويرد علىٰ هـٰذا الحصر مسائل :

إحداها : أنه يشتري المعيب إذا رأىٰ شراءه ـ كما سيأتي ـ ولو بقدر قيمته **على الأصح** من زوائد « الروضة »[(٤)] .

الثانية : أنه يرد ما ظن سلامته فبان معيباً ولو رضي المالك بإبقائه ، بخلاف الوكيل .

الثالثة : أنه لا يشتري بثمن المثل ما لا يرجو فيه ربحاً ، قاله الماوردي[(٥)] .

الرابعة : قياس جواز بيعه بعرض : أن يبيع بنقد غير نقد البلد ، لكن جزم البندنيجي وابن الصباغ وسليم والروياني بالمنع ، قاله ابن الرفعة ، وقد استشكل جواز بيعه بعرض بالمنع في الشريك .

٢٧٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠١] : (**لا بغبنٍ**) ، و« التنبيه » [ص ١١٩] : (**ولا يبيع بدون ثمن المثل**) محل المنع : إذا فحش ذلك ، كما في الوكيل .

٢٧٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وإن اشترىٰ شيئاً علىٰ أنه سليم فخرج معيباً . . ثبت له الخيار**) فيه أمران :

---

(١) المحرر (ص ٢٢٤) .
(٢) الروضة (١٢٧/٥) .
(٣) فتح العزيز (٢١/٦) .
(٤) الروضة (١٢٧/٥) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٣٢٨/٧) .

أحدهما : قد يفهم من لفظة : (علىٰ) أنه شرط السلامة ، وليس كذلك ، وإنما المراد : مجرد الظن .

ثانيهما : يستثنىٰ من ثبوت الخيار : ما إذا كان الحظ في الإمساك . . فلا ينفذ الفسخ **في الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٣٠٢] : (**وله الرد بعيب تقتضيه مصلحة** ، **فإن اقتضت الإمساك** . . **فلا في الأصح**) ، وهو أحسن من تعبير « الروضة » وأصلها بالغبطة[١] ، ومع ذلك فاعترض بأمرين :

أحدهما : اقتصاره علىٰ جواز الرد في هـٰذه الحالة هو المنقول ، لكن **القياس** : الوجوب .

ثانيهما : أن في قوله : (**تقتضيه مصلحة**) نظراً من جهة الإعراب ؛ فإنه عائد إلى الرد ، ولا يجوز كونه صفة له ؛ لأن المعرفة لا تُنعت بجملة ، ولا حالاً منه ؛ لأن الحال لا يأتي عن المبتدأ ، ولا ضمير في المجرور الواقع خبراً متقدماً كما حُكي عن سيبويه ، فيُنصب حالاً عنه ، قال شيخنا الإسنوي : وأقرب ما يجاب به : أن يجعل الرد فاعلاً علىٰ مذهب الأخفش وغيره ممن يرىٰ أن الجار والمجرور يعمل ، وإن لم يعتمد ، أو تكون اللام في الرد لام الجنس ، فتعامل في الوصف معاملة النكرة ؛ كقوله تعالىٰ : ﴿ وَءَايَةٌ لَّهُمُ ٱلَّيْلُ نَسْلَخُ ﴾ ، وقول الشاعر[٢] : [من بحر الكامل]

ولقد أَمُرُّ على اللّئيمِ يسبُّني

أي : لئيم من اللئام .

قلت : يمكن أن يكون قوله : (**تقتضيه**) صفة لعيب بحذف ، تقديره : تقتضي الرد به مصلحة ، والله أعلم .

٢٧٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وإن اشترىٰ معيباً رأىٰ شراءه** ـ أي : مربحاً كما قاله في « الكفاية » ـ . . **جاز**) ومقتضىٰ تقييد « الكفاية » ـ : أنه لو **اشتراه** بقيمته فقط . . لم يصح ، وهو وجه ، **والأصح** في زوائد « الروضة » : الصحة إذا رأىٰ فيه المصلحة[٣] .

٢٧٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٢] : (**ولا يعامل المالك**) أي : بمال القراض ، **قال في** « المطلب » : فإن ظهر ربح وملكناه بالظهور . . فلا مانع من معاملته إياه في تلك الحصة .

٢٧٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**وإن اشترىٰ من يعتق علىٰ رب المال** ، **أو زوج رب المال بغير إذنه** . . **لم يصح**) أي : للقراض ، لكنه يقع للعامل إن كان اشتراه في الذمة ، وقد صرح به

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٢١) ، الروضة (٥/ ١٢٧) .

(٢) هو شمر بن عمرو الحنفي .

(٣) الروضة (٥/ ١٢٧) .

« المنهاج »[1] ، وظاهر إطلاقه أنه لا فرق بين أن يصرح بالسفارة أم لا ، وفيه نظر ، وتعبيرهما بمن يعتق عليه أعم من تعبير « الحاوي » بابنه[2] ؛ لشموله الأصل والفرع ، ومن أقر بحريته ، ومستولدته التي بيعت لكونها مرهونة .

٢٧٥٤ـ قول « التنبيه » فيما إذا اشترى العامل أباه وفي المال ربح [ص ١٢٠] : (**قيل : لايصح ، وقيل : يصح ويعتق ، وقيل : يصح ولا يعتق**) صحح النووي في « التصحيح » الثالث[3] ، وقال النشائي في « نكته » : إنه وَهْمٌ ، **والأصح** : الثاني ، وهو أنه يصح ويعتق[4] ، والخلاف مبني علىٰ ملك العامل بالظهور ، فإن ملكناه بالقسمة . . صح قولاً واحداً ولم يعتق .

فكأن النووي أراد : أن هٰذا هو الأصح في الجملة من غير تعرض لكونه مع قطع أو من خلاف .

٢٧٥٥ـ قولهم : (**ولا يسافر بالمال بلا إذن**)[5] مفهومه جواز السفر مطلقاً بالإذن ، وكذا أطلقه الرافعي[6] ، وقال النووي : لا يجوز في البحر إلا أن ينص له عليه[7] .

قال شيخنا ابن النقيب : أي : الملح[8] .

وفيه نظر ؛ فقد يقال بطرد المنع في النيل ونحوه من الأنهار العظيمة ، والله أعلم .

٢٧٥٦ـ قول « الحاوي » [ص ٣٦٩] : (**وصح بيعه لا بدون ثمن البلد الأول واستحق الربح**) يقتضي بقاء القراض ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها[9] ، وصرح به الإمام والغزالي[10] .

وقال الماوردي : ينفسخ القراض إن كان عين ماله باقياً ؛ لأنه صار غاصباً ، وإن انتقلت عين المال إلىٰ عروض مأذون فيها . . لم ينفسخ ؛ لاستقراره بالتصرف[11] .

وقال في « الكفاية » : إن ما أطلقه الإمام من أن العقد قائم محمول علىٰ كلام الماوردي ، قال : لكن قال الإمام : إن العامل إذا خلط رأس مال القراض بماله . . ضمن ، ولا ينعزل مع أن ما ذكره الماوردي من كونه غاصباً موجود فيه . انتهىٰ[12] .

---

(١) المنهاج (ص ٣٠٢) .
(٢) الحاوي (ص ٣٦٨) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٣٧٠) .
(٤) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١١٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١٩) ، و« الحاوي » (ص ٣٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٢) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣١) .
(٧) انظر « الروضة » (٥/ ١٣٤) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٩٢) .
(٩) فتح العزيز (٦/ ٣١) ، الروضة (٥/ ١٣٤) .
(١٠) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٥٤١) ، و« الوجيز » (١/ ٣٩٧) .
(١١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٣٤١) .
(١٢) انظر « نهاية المطلب » (٧/ ٥٤١) .

ومقتضىٰ تشبيه العامل بالوكيل : عدم الانعزال بالخيانة ، والله أعلم .

٢٧٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩] : (**فإن سافر بالإذن . . فقد قيل : إن نفقته في ماله ، وقيل : علىٰ قولين ، أحدهما : في ماله ، والثاني : أنها في مال المضاربة**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : أنها في ماله ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٣٠٢] : (**ولا ينفق علىٰ نفسه حضراً ، وكذا سفراً في الأظهر**) وهو مقتضىٰ إطلاق « الحاوي » أن عليه نفقته[1] .

٢٧٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١١٩ ، ١٢٠] : (**وأي قدر يكون في مال المضاربة ؟ قيل : الزائد علىٰ نفقته في الحضر ، وقيل : الجميع**) **الأصح** : الأول .

٢٧٥٩ـ قوله : (**وإن ظهر في المال ربح . . ففيه قولان ، أحدهما : أن العامل لا يملك حصته منه إلا بالقسمة**)[2] **هو الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[3] .

٢٧٦٠ـ قول « التنبيه » تفريعاً علىٰ أنه **يملك** بالظهور [ص ١٢٠] : (**إلا أنه لا يخرج منه الزكاة قبل المقاسمة**) **الأصح** : جواز إخراجها من المال ، قال في « الكفاية » : وما ذكره الشيخ هو رأي المراوزة .

٢٧٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٢] : (**وثمار الشجر والنتاج وكسب الرقيق والمهر الحاصلة من مال القراض يفوز بها المالك ، وقيل : مال قراض**) قواه السبكي بتصحيحهم في زكاة التجارة أنها مال تجارة .

واعلم : أن كسب الرقيق يتناول الصيد والاحتطاب وقبول الهدية والصدقة والوصية ، قال السبكي : ولم أر من صرح بذلك . انتهىٰ .

وصورة المسألة : أن يشتري الشجر أو الرقيق أو الحيوان للتجارة ، فتحصل منه هـٰذه الفوائد في مدة التربص للبيع ، أما لو اشتراها لذلك . . فهي مال قراض ، وتعبير « الحاوي » بقوله [ص ٣٦٩] : (**لا الزيادة العينية**) لعله أوضح في هـٰذا المعنىٰ .

٢٧٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٢] : (**والنقص الحاصل بالرخص محسوب من الربح ما أمكن ومجبور به**) ذكر **الرخص** مثال ، فكذا النقص الحاصل بالعيب والمرض الحادثين ؛ ولهـٰذا أطلق « الحاوي » قوله [ص ٣٦٩] : (**ويجبر به النقصان**) .

٢٧٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٢] : (**وكذا لو تلف بعضه بآفةٍ أو غصبٍ وسرقةٍ**[4] **بعد تصرف العامل في الأصح**) فيه أمور :

---

(١) الحاوي (ص ٣٦٩) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٠) .
(٣) الحاوي (ص ٣٦٩) ، المنهاج (ص ٣٠٢) .
(٤) كذا في النسخ ، وفي « المنهاج » (أو سرقة) .

أحدها : أن **الأصح** في الآفة : القطع بذلك ، فكان ينبغي التعبير فيها بالمذهب ، والمراد : الآفة السماوية ، وهو ما ليس بفعل آدمي ؛ كحريق وغرق ، وعللوا القطع فيها بانتفاء ما يجبر به بخلاف الغصب ونحوه ، ومقتضى الفرق : أن المتلف لو كان ممن لا يضمن ؛ كالحربي . . كان كالآفة .

ثانيها : المراد في الغصب والسرقة : ما إذا تعذر أخذه وأخذ بدله ، فإن أخذ . . استمر القراض .

ثالثها : التصرف يشمل البيع والشراء ، **والأصح** : الاكتفاء بالشراء فقط ؛ ولهـٰذا عبر به « الحاوي »[1] ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٢٠] : (**بعد التصرف والربح**) ، ولم يتعرض غيره لذكر الربح ؛ ولعله بناه على الغالب في كون البيع بربح ، لا أن ذلك شرط .

٢٧٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٠] : (**فإن اشترىٰ سلعة بثمن في الذمة وهلك المال قبل أن يُنقد الثمن . . لزم رب المال الثمن ، وقيل : يلزم العامل**) صحح النووي في « تصحيح التنبيه » الثاني[2] .

قال شيخنا ابن النقيب : ونقله الرافعي عن النص في « البويطي » ، وصحح نظيره في العبد المأذون[3] .

قلت : لم ينقل الرافعي عن نص « البويطي » لزوم الثمن للعامل في هـٰذه الصورة بعينها صريحاً ، وإنما حكىٰ عنه : أنه يرتفع القراض ، ويكون الشراء للعامل ، وأن بعض الأصحاب حمله علىٰ ما إذا كان التلف قبل الشراء ، فإن كان بعده . . وقع للمالك ، ولزمه ألف أخرىٰ ، وقال ابن سريج : يقع عن العامل مطلقاً ، ولم يرجح منهما شيئاً ، لكنه قبل ذلك جزم في أثناء تعليل بالأول ، فقال في تعليل منع الشراء بالنسيئة : لأنه ربما يهلك رأس المال ، فتبقى العهدة متعلقة به[4] ؛ أي : برب المال ، ولم يصحح الرافعي نظيره في العبد المأذون ، إنما صحح فيه : أن السيد مخير ، فإن دفع الثمن . . أمضى العقد ، وإلا . . فللبائع فسخه .

قال في « المهمات » : وقد رأيت كلام الشافعي رحمه الله في « البويطي » ، وهو كما قالوه محتمل لكل من الوجهين السابقين .

قلت : بل هو صريح في الرد علىٰ صاحب الوجه الأول ، ولفظه : وإذا قارض رجلاً واشترىٰ

---

(١) الحاوي (ص ٣٦٩) .

(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٣٧٠) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ١٩٦) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢١ ، ٢٢) .

ثوباً وقبض الثوب ، ثم جاء ليدفع المال ، فوجد المال قد سرق . . فليس علىٰ صاحب المال شيء ، والسلعة للمقارض . انتهىٰ .

فصرح فيه بأن التلف بعد الشراء .

فصل

[فسخ عقد القراض وجوازه من الطرفين]

٢٧٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٠] : (**وإذا انفسخ وهناك عرض وتقاسماه . . جاز ، وإن طلب أحدهما البيع . . لزم بيعه**) ظاهره : لزوم بيع الجميع ، وليس كذلك ، وإنما يلزم قدر رأس المال ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٠٣] : (**وتنضيض رأس المال إن كان عرضاً**) وقال الرافعي : قال الإمام : الذي قطع به المحققون أن ما يلزمه تنضيضه هو قدر رأس المال ، وأما الزائد عليه . . فهو كعرض مشترك لا يكلف أحدهما بيعه[1] ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٢٦٩] : (**فإن فسخ . . فعليه رد قدر رأس المال إلىٰ جنسه**) وفيه زيادة فائدة ، وهي أنه ينضه بجنس رأس المال ، ويعتبر أيضاً أن يكون علىٰ صفته .

ويستثنىٰ من الاقتصار علىٰ بيع البعض : ما لو كان ينقصُ باقيه كالعبد . . فالذي يظهر كما قال في « المطلب » : وجوب بيع الكل .

واعلم : أنه يشكل على اقتصارهم علىٰ بيع قدر رأس المال إطلاقهم استيفاء الدين ، ولم يخصوه بقدر رأس المال ، وظاهره التعميم ، وبه صرح ابن أبي عصرون ، ومال إليه في « المطلب » ، ويحتاج إلى الفرق بينهما ، وتعليل الرافعي يقتضي استواءهما ؛ فإنه قال : أخذ منه ملكاً تاماً . . فليرده كما أخذه ، والدين دون العين ، والعرض دون النقد . انتهىٰ[2] .

وفي معنى العرض : ما لو كان الحاصل نقداً من غير جنس رأس المال ، أو علىٰ غير صفته ، وذلك يفهم من عبارة « الحاوي »[3] فإنه لم يخصه بالعرض ، واعتبر رده إلىٰ جنسه مطلقاً ، وفي عبارة « التنبيه » فائدة ، وهي أن محل لزوم البيع إذا لم يرضيا بقسمته علىٰ حاله ، وهو واضح .

٢٧٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٧٠] : (**وإن استرد بعد الربح . . فالمسترد شائعٌ ربحاً ورأس مالٍ**) محله : ما إذا كان الاسترداد بغير رضا العامل ، فإن كان برضاه ؛ فإن قصد الأخذ من رأس المال . . اختص به ، أو من الربح . . اختص به ، وفي هـٰذه

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (٧/ ٥٠٧ ، ٥٠٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٤٠) .

(٣) الحاوي (ص ٣٦٩) .

الحالة يملك العامل مما في يده مقدار ذلك على الإشاعة ، وإن أطلقا . . حمل على الإشاعة ، وهل يكون نصيب العامل قرضاً أو هبة ؟ فيه نظر ، **والأشبه** : الأول ، نبه علىٰ ذلك كله في « المطلب » .

٢٧٦٧ـ قول « الحاوي » في مثال ذلك [ص ٣٧٠] : (**فلو عاد إلىٰ ثمانين . . للعامل منه درهم وثلثاه**) قال في « المهمات » : كون العامل يأخذ مما في يده خارج عن القواعد ؛ لأنا لما جعلنا المسترد شائعاً . . لزم أن يكون نصيب العامل في عين المال المسترد إن كان باقياً ، وفي ذمة المالك إن كان تالفاً ، ولا يتعلق بالمال الباقي إلا برهن ونحوه ، ولم يوجد ، حتىٰ لو أفلس . . لم يقدم به ، بل يضارب .

٢٧٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٣] : (**ويصدق العامل بيمينه في قوله : « لم أربح » ، أو « لم أربح إلا كذا »**) ، فلو قال بعد ذلك : (غلطت في الحساب ، أو كذبت) . . لم يقبل ، ذكره في « الحاوي »[١] .

وهل له تحليف المالك ؟ وجهان ، قال الماوردي : محلهما : إذا لم يذكر شبهة ، فإن ذكرها . . فله ذلك[٢] .

٢٧٦٩ـ قول « الحاوي » في المسألة [ص ٣٧١] : (**وبعده لو قال : « خسرت » . . يقبل**) محله : عند الاحتمال ؛ بأن حدث كساد ، فإن لم يحتمل . . لم يقبل ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن المتولي[٣] ، وصرح به أيضاً القاضي حسين والروياني ، وجزم به في « الشرح الصغير » .

٢٧٧٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**والقول قول العامل فيما يذكر أنه اشتراه للمضاربة أو لنفسه**)[٤] يستثنىٰ من تصديقه فيما إذا قال : (اشتريته لنفسي) ما إذا أقام المالك بينة أنه اشتراه بمال القراض . . فإنه يحكم بالبينة ، ويقع للقراض ، كما جزم به في « المطلب » ، لكن في « الروضة » وأصلها في الحكم بالبينة في هـٰذه الصورة وجهان عن « المهذب » بلا ترجيح ؛ وعللا المنع : بأنه قد يشتري لنفسه بمال القراض متعدياً . . فيبطل[٥] .

وقد يفهم من اقتصاره علىٰ تعليله ترجيحه ، وقد رجحه الماوردي والشاشي والفارقي وابن أبي عصرون في « المرشد »[٦] ، واستغرب في « المهمات » ما تقدم عن « المطلب » ، وقال :

---

(١) الحاوي (ص ٣٧١) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٣٥٣/٧) .
(٣) فتح العزيز (٤٦/٦) ، الروضة (١٤٥/٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٣) .
(٥) المهذب (٣٨٩/١) ، فتح العزيز (٤٦/٦ ، ٤٧) ، الروضة (١٤٦/٥) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٣٤٩/٧) .

وكأنه لم يقف إلا علىٰ كلام الإمام ؛ فإنه ذكر أن العامل إذا اشترىٰ لنفسه بمال القراض . . لغت نيَّتُه ، ووقع للقراض[1] .

٢٧٧١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن اختلفا في قدر رأس المال . . فالقول قول العامل**)[2] وفي وجه ضعيف : التحالف فيما إذا كان هناك ربح ، واستشكل شيخنا الإمام البلقيني كلا الوجهين ، **ورجح** تصديق المالك ، وقال : تقابل أصلان عدم الربح وعدم استيلاء العامل علىٰ قدر زائد ، وترجح الأول باعتضاده بوجود مال في يد العامل يدعي حدوثه ليستحق فيه ، **والأصل** : عدمه ، وشبَّهه بمسألة قد الملفوف ، **والأصح** فيها : تصديق الولي ، وقال : تصديق العامل يؤدي إلىٰ أن يأخذ مال المالك بقوله ، وهو بعيد من قواعد الشرع ، قال : فلو قامت بينة تشهد على العامل أن مال القراض كذا ، فادعىٰ أن فيه ربحاً . . قطعت بتصديق المالك بيمينه .

٢٧٧٢ـ قولهم : (**بتصديق العامل في دعوى التلف**)[3] يستثنىٰ منه : ما إذا أسند الهلاك إلىٰ سبب ظاهر . . فلا بد من إثباته بالبينة ؛ كالوديعة .

٢٧٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٠] : (**وإن اختلفا في رد المال . . فقد قيل : القول قوله ، وقيل : القول قول رب المال**) **الأصح** : الأول ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٢٧٧٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٠] : (**وقرر الوارث بلفظه**) أي : بلفظ التقرير ، وكذا يصح التقرير بلفظ الترك .

* * *

(١) انظر « نهاية المطلب » (٧/٥١٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٢٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٣) .
(٤) الحاوي (ص ٣٧٠) ، المنهاج (ص ٣٠٣) .

كتاب المساقاة

٢٧٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢١] : (**من [جاز]**[١] **تصرفه في المال . . صح منه عقد المساقاة**) يتناول الولي ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٣٠٤] : (**تصح من جائز التصرف ، ولصبيٍ ومجنونٍ بالولاية**) .

٢٧٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٤] : (**وموردها : النخل والعنب**) أحسن من تعبير « التنبيه » و« الحاوي » بالكرم[٢] ؛ لورود النهي عنه .

٢٧٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢١] : (**وفيما سواهما من الأشجار قولان**) فيه أمور :

أحدها : عبارة « المنهاج » [ص ٣٠٤] : (**وجوَّزها القديم في سائر الأشجار المثمرة**) ، وهو يُفهِم ترجيح مقابله ؛ لكون الغالب رجحان الجديد ، **وهو المشهور** ، وعليه مشى « الحاوي »[٣] ، وذكر في « تصحيح التنبيه » : **أن المختار** : الجواز ، واختاره السبكي أيضاً ، ولكن في الأشجار التي تحتاج إلىٰ عمل ، قال : أما ما لا يحتاج إلىٰ عمل . . فلا أوافق القديم فيه ؛ إذ لا وجه للمساقاة عليه .

ثانيها : محل المنع : إذا أفردت بالمساقاة ؛ فإن ساقىٰ عليها تبعاً لنخل أو عنب . . ففيه وجهان في آخر المزارعة من الرافعي بلا ترجيح[٤] ، **أصحهما في** « الروضة » : الجواز كالمزارعة[٥] ، وحكاه في « الكفاية » عن الماوردي ، وقيده بالقليل ، ومقتضىٰ ما في « الروضة » : عدم تقييده به ، لكن مقتضىٰ قوله : (كالمزارعة) أنه يشترط تعذر إفراد النخل والعنب بالسقي كما في المزارعة ، وطردهما بعضهم فيما لا تجوز المساقاة عليه جزماً ؛ كالموز والقصب تبعاً .

ثالثها : في المساقاة علىٰ شجر المُقْلِ وجهان **على الجديد** ، جوزها ابن سريج ، ومنعها غيره ، زاد في « الروضة » : **الأصح** : المنع[٦] .

قال في « المهمات » : والفتوىٰ على الجواز ؛ فقد نص عليه الشافعي رحمه الله كما نقل القاضي أبو الطيب ، وهـٰذا والذي قبله إن صحا . . وردا على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

---

(١) في (ج) ، (د) : (صح) .
(٢) التنبيه (ص ١٢١) ، الحاوي (ص ٣٧٢) .
(٣) الحاوي (ص ٣٧٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٥٨) .
(٥) الروضة (٥/١٧٢) .
(٦) الروضة (٥/١٥٠) .

٢٧٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٤] : (**ولا تصح المخابرة ، وهي : عمل الأرض ببعض ما يخرج منها والبذر من العامل**) أورد عليه : أن تعبيره بـ (عمل الأرض) غير واضح ؛ فإن العمل وظيفة العامل ، فلا يفسر العقد به ، وعبارة « الروضة » وأصلها : المعاملة على الأرض ، وهي واضحة[1] .

٢٧٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**المزارعة : أن يسلم الأرض إلىٰ رجل ليزرعها ببعض ما يخرج منها**) يتناول ما لو كان البذر من العامل ، وشرطها : أن يكون البذر من المالك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٠٤] : (**وهي : هٰذه المعاملة ، والبذر من المالك**) وما ذكره « التنبيه » مبني علىٰ أن المزارعة والمخابرة بمعنىً واحد ، **الصحيح** : تغايرهما ، كذا قال في « الكفاية » .

وأجاب عنه النشائي وغيره : بأن قوله بعد ذلك : (**والبذر من صاحب الأرض**) يدفعه[2] .

قلت : لم يذكر ذلك في تفسير المزارعة ، وإنما ذكره في شرط تجويزها تبعاً للمساقاة .

واعلم : أن النووي اختار من جهة الدليل : صحة المزارعة والمخابرة مطلقاً تبعاً لابن المنذر وابن خزيمة والخطابي ، ونصر السبكي المذهب ، وقال : إنه أسلم المذاهب ، قال : ولم أر لمن أجاز المزارعة والمخابرة من أصحابنا كلاماً في اشتراط التوقيت واللزوم فيهما كالمساقاة ، قال : وصرحت الحنفية بالاشتراط ، وهو مقتضى الفقه عند أصحابنا ، لكن عمل الناس علىٰ خلافه ، ولا اعتبار بعملهم ؛ فهو فاسد .

٢٧٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**ولا يجوز ذلك إلا على الأرض التىٰ بين النخيل ، فيساقيه على النخل ، ويزارع على الأرض ، ويكون البذر من صاحب الأرض ، فيجوز ذلك تبعاً للمساقاة**) ، قال في « المنهاج » [ص ٣٠٤] : (**بشرط : اتحاد العامل ، وعُسْرِ إفراد النخل بالسقي والبياض بالعمارة ، والأصح : أنه يشترط ألاَّ يفصل بينهما ، وألا تُقدم المزارعة**) وهو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٣٧٣] : (**ومزارعة ما تخلل ، وعسر إفراده ، واتحد العامل تبعاً**) وفي كلامهما معاً أمور :

أحدها : أن مرادهما باتحاد العامل : ألاَّ يكون من ساقاه غير من زارعه ، لا أن يكون شخصاً واحداً ، فلو ساقىٰ جماعة وزارعهم بعقد واحد . . صح .

ثانيها : أن التعبير بالعسر في «الوجيز» و«المحرر»[3] ، وعبر في « الروضة » وأصلها بالتعذر[4] .

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٥٤) ، الروضة (٥/ ١٦٨) .

(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١١٣) .

(٣) الوجيز (١/ ٤٠١) ، المحرر (ص ٢٢٦) .

(٤) فتح العزيز (٦/ ٥٦) ، الروضة (٥/ ١٧٠) .

قال شيخنا ابن النقيب : وهي أوفق لعبارة أصحاب «التهذيب» و« التتمة » و« النهاية » و«البسيط» و« الوسيط » و« البيان » و« الكفاية » وغيرهم ؛ فإنهم عبروا بعدم الإمكان ، والتعليل يقتضيه[1] .

ثالثها : المتبادر إلى الفهم عود الضمير في قول « الحاوي » [ص ٣٧٣] : (**وعسر إفراده**) للبياض المتخلل ؛ فإنه أقرب مذكور ، وهو موافق لتعبير الغزالي ، وصاحب « المهذب »[2] ، واقتصر الأكثرون علىٰ ذكر عسر إفراد النخل بالسقي والعمل ، وجمع في « المنهاج » وأصله ، و« الروضة » وأصلها بينهما[3] ، وليس كذلك في كلام غيرهما ، ويختص « المنهاج » بأمرين :

أحدهما : أنه خص ذلك بالبياض الذي بين النخل ، كما فعل « التنبيه » مع أن البياض الذي بين العنب كذلك ؛ ولهـٰذا قال في « التصحيح » : **الصواب** : صحتها على البياض الذي بين العنب[4] ، وصرح به قبله صاحبا « الوجيز » و« البيان »[5] ، وهو مفهوم من قول « الحاوي » بعد ذكرهما [ص ٣٧٣] : (**ومزارعة ما تخلل**) ، واقتصر الرافعي في جميع كتبه على النخل[6] ، وكأنه تمثيل ؛ ولذلك قال ابن الرفعة في تعبير « التنبيه » بالنخل : أي : وما في معناه ، قال بعضهم : ويظهر أن غير النخل والعنب إذا جوزنا المساقاة عليه كذلك .

ثانيهما : تعبيره في منع تقديم المزارعة بالأصح مخالف لتعبير « الروضة » فيه بالصحيح[7] ، وجَعَل مقابله : أنها تنعقد موقوفة ، فإن ساقىٰ بعدها . . تبين صحتها ، وإلا . . فلا ، وبذلك يعلم أن الصورة فيما إذا أفرد كلاً بعقد ، ومن هنا ضعف مقابل الصحيح ؛ لاجتماع التقديم والتعدد ، أما لو جمع بينهما في عقد . . فليس فيه وجه بالوقف ، بل إن قال : (زارعتك ، وساقيتك) . . فجزم البغوي والمتولي ببطلان المزارعة[8] ، ولم يحك الإمام إلا القطع بالصحة عن القاضي ، قال : **وهو صحيح** ، وإن قال : (زارعتك بالنصف ، وساقيتك بالنصف) . . ففي « النهاية » طريقان : القطع بالصحة ، وإجراء خلاف[9] ، فلا يصح حمل كلام « المنهاج » علىٰ واحدة منهما ؛ لما ذكرناه ، والله أعلم .

---

(١) السراج علىٰ نكت المنهاج (٤/ ٢٠٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (٨/ ١٩) ، و« الوسيط » (٤/ ١٣٧) ، و« التهذيب » (٤/ ٤٠٥) ، و« البيان » (٧/ ٢٨١ ، ٢٨٢) .

(٢) الوسيط (٤/ ١٣٧) ، المهذب (٢/ ٣٩٣ ، ٣٩٤) .

(٣) المحرر (ص ٢٢٦) ، فتح العزيز (٦/ ٥٧) ، المنهاج (ص ٣٠٤) ، الروضة (٥/ ١٧٠ ، ١٧١) .

(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٣٧٦) .

(٥) الوجيز (١/ ٤٠١) ، البيان (٧/ ٢٨٠ ، ٢٨١) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٥٢) .

(٧) الروضة (٥/ ١٧٠) .

(٨) انظر « التهذيب » (٤/ ٤٠٦) .

(٩) نهاية المطلب (٨/ ١٨) .

٢٧٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**ولا يجوز ذلك إلا علىٰ جزء معلوم من الزرع كالمساقاة**) قد يفهم اشتراط تساوي جزء الزرع وجزء المساقاة ، وكذا **صححه** النووي في « نكت التنبيه » ، لكن **الأصح** : خلافه ، وعليه مشى « المنهاج »[1] ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي »[2] ، وصوبه في « المهمات » .

٢٧٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٤] : (**فإن أفردت الأرض بالزارعة . . فالمغل للمالك**) أخرج ما لو أفردت **بالمخابرة . . فالمغل** حينئذ للعامل ، لكن ذكر السبكي فيما نقله عنه ابنه في « طبقاته الكبرىٰ » من خطه : أن كل من زرع أرضاً ببذره . . فالزرع له ، إلا أن يكون فلاحاً يزرع بالمقاسمة بينه وبين صاحب الأرض ؛ كعادة الشام . . فإن الزرع يكون علىٰ حكم المقاسمة علىٰ ما عليه عمل الشام ، قال : وأنا أراه وأرىٰ وجهه من جهة الفقه : أن الفلاح كأنه خرج عن البذر لصاحب الأرض بالشرط المعلوم بينهما ، فثبت علىٰ ذلك ، وإذا عرفت ذلك وتعدىٰ شخص علىٰ أرض وغصبها ، وهي في يد الفلاح ، فزرعها علىٰ عادته . . لا نقول : الزرع للغاصب ، بل للمغصوب منه علىٰ حكم المقاسمة . انتهىٰ[3] .

٢٧٨٣ـ قوله : (**وطريق جعل الغلة لهما ولا أجرة : أن يستأجره بنصف البذر ليزرع له النصف الآخر ويعيره نصف الأرض**)[4] قال السبكي : العبارة المحررة : (**ليزرع له نصف الأرض ويعيره النصف الآخر**) ، وقوله : (**النصف الآخر**)[5] ظاهره : نصف البذر ، فلا يعلم منه أين يزرعه ، وإن أراد : **ليزرع له نصف الأرض . .** لم يحسن وصفه بالآخر .

فَصْلٌ

[شروط المساقاة]

٢٧٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٥] : (**يشترط تخصيص الثمر بهما**) أورد عليه : أنها عبارة مقلوبة ، **والصواب** : تخصيصهما بالثمرة ، كما قال في القراض : (**اختصاصهما بالربح**)[6] .

٢٧٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢١] : (**وإن ساقاه علىٰ ثمرة موجودة . . ففيه قولان**) ، قال في « المنهاج » [ص ٣٠٥] : (**الأظهر : صحة المساقاة بعد ظهور الثمر ، لكن قبل بدو الصلاح**) فبين

---

(١) المنهاج (ص ٣٠٤) .
(٢) الحاوي (ص ٣٧٣) .
(٣) طبقات الشافعية الكبرىٰ (١٠/ ٢٧٤) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٤) .
(٥) المنهاج (ص ٣٠٤) .
(٦) المنهاج (ص ٣٠٠) .

الراجح من القولين ، وأن محلهما : قبل بدو الصلاح ، فإن كان بعده . . لم يصح قطعاً ، وهٰذه **أصح الطرق** ، وفي المسألة طرق أخرىٰ ، **وصحح الغزالي** : الصحة مطلقاً[1] ، وتبعه صاحب « الحاوي » فقال [ص ٣٧٣] : (**خرجت الثمار أو لا**) .

وأورد شيخنا الإمام البلقيني على الطريقة المصححة : أن في « الأم » : وإذا أجزنا المساقاة قبل أن يكون ثمراً ، وقد يخطىء الثمر ، فيبطل عمل العامل ، ويكثر ، فيأخذ أكثر من عمله أضعافاً . . كانت المساقاة إذا بدا صلاح الثمرة وحل بيعه وظهر أجوزُ[2] ، قال شيخنا : فهٰذا نص في جوازها بعد بدو الصلاح ، فكيف يقطع فيه بالبطلان ؟

٢٧٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢١] : (**وإن ساقاه علىٰ ودي إلىٰ مدة لا تحمل فيها الشجر . . لم يصح ، وهل يستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهان**) **الأصح** : عدم الاستحقاق ، قال الإمام : هٰذا إذا كان عالماً بأنها لا تثمر فيها ، فإن جهل ذلك . . استحق الأجرة وجهاً واحداً[3] ، كذا في « الروضة » وأصلها[4] ، لكن الإمام في موضع آخر حكىٰ في حالة الجهل أيضاً وجهين .

٢٧٨٧ـ قوله : (**وإن كان علىٰ مدة قد تحمل وقد لا تحمل . . فقد قيل : يصح ، وقيل : لا يصح**)[5] **الأصح** : عدم الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » ، فأجاب بالبطلان فيما إذا لم يثمر في المدة غالباً ، ثم قال : (**وقيل : إن تعارض الاحتمال . . صح**)[6] ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٣٧٣] : (**بزمان يحصل الريع فيه غالباً ، ولو آخر سنين**) .

٢٧٨٨ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٤] : (**ومع الشريك**) قال « المنهاج » [ص ٣٠٥] : (**إذا شرط له زيادة علىٰ حصته**) قال السبكي : وفيه إشكالان :

أحدهما : مذكور في الإجارة ، وهو : أن عمل الأجير يجب كونه في خاص ملك المستأجر ، والخلاص منه : أن يُساقي علىٰ نصيبه فقط حتىٰ لا يكون العمل المعقود عليه واقعاً في المشترك .

الثاني : قال ابن الرفعة : استئجار أحد الشريكين على العمل في نصيبه بغير إذن شريكه يظهر بطلانه لمسائل تذكر في الإجارة ، وبإذنه محتمل ، **والأقرب** : الجواز ، وإذا كان الشريك هو الأجير . . فكإذنه ، ومسألة المساقاة من هٰذا ، لكن المنقول الجواز .

٢٧٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٥] : (**ويشترط ألا يشرط على العامل ما ليس من جنس أعمالها**)

---

(١) انظر « الوسيط » (٤/١٤٦) .
(٢) الأم (٤/١١) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٨/٥٤) .
(٤) فتح العزيز (٦/٦٠ ، ٦١) ، الروضة (٥/١٥١) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٢١) .
(٦) المنهاج (ص ٣٠٥) .

كان الأحسن ذكر أعمالها أولاً ؛ لتتميز عن غيرها ، فيُجْتَنَبُ شرطها ، كما فعل في القراض ؛ حيث قال : (**ووظيفة العامل . . . كذا**) ، ثم قال : (**فلو قارضه ليشتري حنطة** . . . إلىٰ آخره)[1] .

٢٧٩٠ـ قوله : (**ومعرفة العمل بتقدير المدة كسنة أو أكثر**)[2] قد يفهم أنه لا يجوز أقل من سنة ، وليس كذلك ، وأقلها : مدة تطلع فيها الثمرة ويستغنىٰ عن العمل ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٣٧٣] : (**مؤقتة بزمان يحصل فيه الريع غالباً**) ، وذكر « التنبيه » الأكثر ، فقال [ص ١٢١] : (**ويجوز ذلك إلىٰ مدة يبقىٰ ما يعمل عليه في أصح القولين ، ولا يجوز في الآخر أكثر من سنة**) ، وقد تفهم عبارة « الحاوي » صحة التوقيت بإدراك الثمار ، **وصححه الغزالي** ، والجمهور علىٰ خلافه ، **وصححه** في « المنهاج »[3] ، ووهم ابن الرفعة في نقله عن الرافعي تصحيح مقابله ، قال السبكي : والمراد به هنا : الجداد .

٢٧٩١ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٤] : (**وشرطِ عملِ غلامه**) محل جوازه : إذا شُرط أن يعاونه ويكون تحت تدبيره ، فلو شرط اشتراكهما في التدبير ويعملان **ما** اتفقا عليه . . لم يجز ؛ ولهٰذا قال في « التنبيه » [ص ١٢١] : (**وإن شرط أن يعمل معه غلمانُ رب المال ، ويكونوا من تحت أمره . . جاز على المنصوص**) .

٢٧٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٢١] : (**وينعقد بلفظ المساقاة وبما يؤدي معناها**) ذكر « المنهاج » مما في معنى المساقاة [ص ٣٠٥] : (**سلمته إليك لتتعهده**) ، و« الحاوي » [ص ٣٧٤] : (**عاملتُ**) ، ولم يذكر « التنبيه » القبول ، ولا بد منه ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٢٧٩٣ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٤] : (**لا الإجارة**) أي : لا تنعقد المساقاة بلفظ الإجارة ، كذا **صححه** الرافعي والنووي[5] ، **وصحح** السبكي الصحة ، وقال في « المهمات » : إن تصحيح عدم الانعقاد مشكل مخالف للقواعد ؛ فإن الصريح في بابه إنما يمتنع أن يكون كناية في غيره إذا وجد نفاذاً في موضعه ؛ كقوله لزوجته : (أنت علي كظهر أمي) ناوياً الطلاق . . فلا تطلق ، ويقع الظهار ، بخلاف قوله لأمته : (أنت طالق) . . فهو كناية في العتق ؛ لأنه لم يجد نفاذاً في موضعه ، ومسألتنا من ذلك . انتهىٰ .

ويجري الخلاف في عكسه ، وهو انعقاد الإجارة بلفظ المساقاة ، ومحله : في الشجر خاصة ، فلا يأتي في الدار ونحوها ، ذكره في « المهمات » جزماً ، وشيخنا الإمام البلقيني بحثاً .

---

(١) المنهاج (ص ٣٠٠) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٥) .
(٣) المنهاج (ص ٣٠٥) .
(٤) الحاوي (ص ٣٧٤) ، المنهاج (ص ٣٠٥) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٦٧) ، و« الروضة » (٥/ ١٥٧) .

٢٧٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٥] : (**دون تفصيل الأعمال**) مثل قول « الحاوي » [ص ٣٧٤] : (**وعَرَفَ العمل جملة ، والعرف يفصّلُه**) ومحله : ما إذا كان عرف وعلماه ، فإن جهلاه أو أحدهما ، أو لم يكن عرف . . وجب التفصيل جزماً .

٢٧٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢١] : (**وعلى العامل أن يعمل ما فيه مستزاد في الثمرة**) قد يفهم أنه لا يجب عليه حفظ الثمرة ، وليس كذلك ؛ **فالأصح** : وجوبه عليه ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، ومقابله : أنه عليهما بحسب الشركة في الثمار ، وجعله الرافعي أقيس بعد أن ذكر أن الأول أظهر[٢] ، وأسقط الأقيس من « الروضة »[٣] .

وأجيب عن « التنبيه » : بأنه إذا وجب ما فيه مستزاد . . فحفظ الأصل أولىٰ .

٢٧٩٦ـ قولهما : (**وتلقيح**)[٤] وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٣٧٥] : (**ما يتكرر ، ويحتاج إليه الثمار**) قد يفهم أن الطلع الذي يلقح به على العامل ، وليس كذلك ، بل هو على المالك .

٢٧٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٦] : (**وتعريش جرت به عادةٌ**) أي : هناك ، وهو قيد في التعريش فقط .

٢٧٩٨ـ قوله : (**وكذا حفظ الثمر وجذاذه وتجفيفه في الأصح**)[٥] عبر في « الروضة » في الجذاذ والتجفيف بالصحيح[٦] .

٢٧٩٩ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وعلىٰ رب المال ما يحفظ به الأصل ؛ كسد الحيطان**)[٧] قد يتناول سد الثلم اليسيرة التي تحصل في الحيطان ، وكذا صححه السبكي ، وقال : إنه **المنصوص** ، وقال الرافعي : فيه وجهان كتنقية البئر ، قال : **والأشبه** : اتباع العرف[٨] ، وعبر عنه في « الروضة » بالأصح[٩] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٧٥] : (**وفي ردم ثلمةٍ يُتْبَعُ العرف**) ، والمفهوم من تشبيه الرافعي بالخلاف في تنقية البئر : أن أحد الوجهين أنه على المالك

---

(١) الحاوي (ص ٣٧٥) ، المنهاج (ص ٣٠٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٦٩) .
(٣) الروضة (٥/١٥٨) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢١) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٥) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٦) .
(٦) الروضة (٥/١٥٩) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٢١) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٦) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٦/٦٨) .
(٩) الروضة (٥/١٥٩ ، ١٦٠) .

والآخر على العامل[١] ، فالرجوع إلى العرف ليس واحداً منهما ؛ ولعله بحث للرافعي ؛ ففي تعبير « الروضة » عنه بالأصح من إيهام أنه أحد الوجهين ما ليس في التعبير بالأشبه[٢] ؛ ولعل « المنهاج » احترز عن سد الثلم بقوله بعد حفظ الأصل [ص ٣٠٦] : **(ولا يتكرر كل سنة)** ، وقال الرافعي بعد ذكر الثلم : وكذا في وضع الشوك علىٰ رؤس الجدران وجهان[٣] ، **وصحح في** « أصل الروضة » : اتباع العرف فيه أيضاً[٤] ، وليس ذلك في كلام الرافعي .

٢٨٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٦] : **(وحفر نهرٍ جديدٍ)** قد يفهم أن إصلاح ما انهار من ذلك على العامل ، وليس كذلك ، بل هو على المالك ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » حفر الأنهار[٥] ، وكأن « المنهاج » احترز بذلك عن إصلاح النهر بالتنقية إلا أن عبارته لا تعطيه .

٢٨٠١ـ قولهم : **(والمساقاة لازمة)**[٦] هو المنقول للأصحاب ، وقال السبكي : لم يظهر لي وجهه ، وكنت أود لو قال أحد من أصحابنا بعدم لزومها . . حتىٰ أوافقه ، ثم إنه جزم باختيار ذلك في كتاب له سماه « الطريقة النافعة في الإجارة والمساقاة والمزارعة » .

٢٨٠٢ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٥] : **(فإن هرب . . استقرض القاضي عليه واستأجر)** فيه أمران :

أحدهما : أن محل الاستئجار عليه : إذا لم يتبرع المالك بإتمام العمل ، فإن تبرع بذلك . . بقي استحقاق العامل ، ولا حاجة للإجارة ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٠٦] : **(فلو هرب العامل قبل الفراغ وأتمه المالك متبرعاً . . بقي استحقاق العامل)** ، وفي معنىٰ إتمام المالك : ما لو أتمه أجنبي متبرعاً من غير شعوره ، أو شعر به ولم يمنعه ، وله منعه ؛ لأنه قد لا يأتمنه ولا يرضىٰ بدخوله ملكه ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله بعد ذكر الفسخ [ص ٣٧٥] : **(وإن تبرع أجنبي)** ، قال الرافعي : كذا قالوه[٧] ، ولو قيل : وجود المتبرع كوجود مقرض حتىٰ لا يجوز الفسخ . . لكان قريباً ، ويفهم من قيد التبرع أنه لو عمل في مال نفسه ، ولم يقصد التبرع عنه . . لم يستحق العامل شيئاً ، وكذا لو عمل أجنبي للمالك ، كما في الجعالة ، ويحتمل أن يقال : يستحق ، ويفرق بينه وبين الجعالة باللزوم ، قال السبكي : **والأقرب** : الأول ، قال : ومن قولهم هنا وفي الجعالة : أنه

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٧٠) .
(٢) الروضة (٥/ ١٦٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٧٠) .
(٤) الروضة (٥/ ١٦٠) .
(٥) التنبيه (ص ١٢١) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٢١) ، و« الحاوي » (ص ٣٧٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٧٢) .

يستحق إذا تبرع عنه بالعمل . . يظهر مثله في إمام المسجد ونحوه إذا استناب ، وإن أفتى ابن عبد السلام والنووي : بعدم استحقاق الأصل والنائب .

ثانيهما : أن محل الاستقراض : إذا لم يكن له مال ، فإن كان . . استؤجر منه ولو لم يكن له إلا حصته من الثمرة بعد التأبير ، فيباع عليه جميعها ، أو بعضها بقدر ما يفي بالأجرة ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**وإن هرب العامل . . استؤجر من ماله من يعمل عنه ، فإن لم يكن له مال . . اقترض عليه**) ، فيرد عليه الأمر الأول دون الثاني .

ومحل الاقتراض أيضاً : إذا لم نجد من نستأجره بأجرة مؤجلة مدة إدراك الثمار ، وهاذه واردة على « التنبيه » أيضاً ؛ فإنها رتبة متوسطة بين المال والاقتراض ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٠٦] : (**وإلا . . استأجر عليه الحاكم من يُتِمُّهُ**) ، فلم يُبين من أين يستأجر ، وصدق بهاذه الصور كلها ، وفيه التصريح بأن الذي يستأجر هو الحاكم ، ولم يصرح بذلك « التنبيه »[1] .

واعلم : أنه ينبغي حمل كلامهم في الاستئجار علىٰ ما إذا وردت المساقاة على الذمة ، فإن وردت على العين وصححناه **وهو الأصح** . . فقال السبكي : يظهر **أن لا يستأجر** ؛ لتمكن المالك من الفسخ ، أو يقال : الفسخ حقه ، وطلب العمل حقه ، فإذا لم يفسخ . . يستأجر الحاكم ، قال : ويتعين هاذا في الحاضر الممتنع . انتهىٰ .

وجزم صاحب « المعين » بما رجحه السبكي بحثاً ، فقال في إجارة العين : لا يستأجر قطعاً ، ولكن يثبت له الخيار ، وكذا جزم به النشائي في « نكته »[2] ، وما أدري من أين أخذه ، فما عادته إطلاق ما يقوله صاحب « المعين » من غير عَزوٍ .

٢٨٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] فيما إذا لم يقدر رب المال علىٰ إذن الحاكم ، فأنفق ، وأشهد : (**قيل : يرجع ، وقيل : لا يرجع**) **الأصح** : الرجوع ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٠٦] : (**وإن لم يقدر على الحاكم . . فليُشهِد على الإنفاق إن أراد الرجوع**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٧٥] : (**ثم ينفق المالك بالإشهاد**) .

ثم صريح عبارة « المنهاج » وظاهر عبارة الآخرين : الاكتفاء بالإشهاد على الإنفاق ، وقال ابن الصباغ : لا بد مع ذلك من الإشهاد علىٰ أنه بذل ذلك بشرط الرجوع ، وإلا . . فهو كترك الإشهاد ، حكاه عنه الرافعي والنووي ، وأقراه[3] ، وحكاه في « الكفاية » عنه وعن البندنيجي وغيرهما ، وفي معنى الإنفاق : العملُ إن عمل بنفسه ، فلو أنفق المالك بإذن الحاكم ليرجع . . ففيه وجهان : وجه

---

(١) التنبيه (ص ١٢٢) .

(٢) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١١٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٧١ ، ٧٢) ، و« الروضة » (٥/ ١٦١) .

المنع أنه متّهم في حق نفسه ، فطريقه أن يُسلم المال إلى الحاكم ليأمر غيره بالإنفاق ، كذا اقتصر في « الروضة » وأصلها علىٰ توجيه هـٰذا الوجه[1] ، وقد يُفهم ذلك ترجيحه ، لكن **الأصح في** نظيره في الإجارة عند هرب الجمَّال : تصحيح الجواز ، **وصححه** السبكي ، قال : ويقع في هـٰذا الزمان أن الحاكم يأذن لكافلة اليتيم في الإنفاق ، ثم يختلف مع وليه في إنفاق ما أذن فيه الحاكم ، قال : والذي يظهر القطع بقبول قولها ؛ لأنها منصوبة من جهة الحاكم .

٢٨٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٧٥] : (**وإن لم يمكن ذلك** ـ أي : الإنفاق والإشهاد ـ . . **فله أن يفسخ ، فإن لم تكن ظهرت الثمرة . . فالثمرة للمالك وللعامل أجرة ما عمل ، وإن ظهرت الثمرة . . فهي لهما**) **الأصح** : أنه لا يفسخ بعد ظهور الثمرة ، وقال السبكي : **الأقرب** : جوازه ، وقال الرافعي : لا يُفرض للفسخ بعد خروج الثمرة فائدة[2] ، وعبارة « الروضة » : (ولا يكاد يُفرض)[3] .

قال في « المهمات » : وليس كذلك ، بل له فوائد :

أحدها : أنه لو لم يفسخ . . يصير متطوعاً بالباقي من العمل ، ويأخذ العامل حصته من الثمرة ، كما صرح به الماوردي[4] .

الثانية : تمكينه بعد الفسخ من المساقاة عليها علىٰ جزء من ثمرة نفسه علىٰ رأي ، ذكره في « الكفاية » .

الثالثة : أنه قد يكون العقد لسنتين ، فيتمكن بعد الفسخ من المساقاة في العام القابل قطعاً .

الرابعة : أن لنا خلافاً فيما إذا حصل الفسخ بعد خروج الثمرة في أنهما هل يشتركان فيها أو ينفرد بها المالك وللعامل أجرة المثل ؟ وقول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**فهي لهما**) تفريع على الأظهر ، وهو تمليك العامل بالظهور .

٢٨٠٥ـ قول « التنبيه » تفريعاً عليه [ص ١٢٢] : (**فإن اختار المالك البيع . . فعل ، وإن لم يختر . . بيع منه** ـ أي : من المالك ـ **نصيب العامل**) مفرع علىٰ جواز بيع الثمرة قبل بُدُوِّ الصلاح بدون شرط القطع من صاحب الأصل ، وهو **الأصح في** « الروضة » هنا ، لكن **الأصح في** بابه : المنع كغيره[5] ، وهو **المشهور** ، ومراد « التنبيه » : ما إذا ظهرت الثمرة لكن لم يبد صلاحها ؛ فإنه لو بدا صلاحها . . أمكن بيعها للمالك وغيره من غير شرط القطع .

---

(١) فتح العزيز (٦/٧٢) ، الروضة (٥/١٦١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٧٣) .
(٣) الروضة (٥/١٦٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٣٨٢) .
(٥) الروضة (٥/١٦٠ ، ١٦١) .

٢٨٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**فإن مات العامل فتطوع ورثته بالعمل . . استحقوا الثمرة**) يفهم أنهم لا يجبرون علىٰ ذلك ، ومحله : ما إذا لم يخلف تركة ، فإن خلف . . أجبروا منها ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٣٠٦] : (**ولو مات وخلف تركة . . أتم الوارث العمل منها**) و« الحاوي » بقوله [ص ٣٧٦] : (**ولا جبر إن لم تكن تركةٌ**) ، ولا يقال : كلام « التنبيه » إنما هو فيما إذا لم يخلف تركة ، ولا إيراد ؛ لقوله بعده : (**وإن لم يعملوا . . استؤجر من ماله من يعمل ، فإن لم يكن له مال . . فلرب المال أن يفسخ**) فدل هـٰذا التقسيم علىٰ أن كلامه في الأعم .

فإن قلت : إنما عبر « التنبيه » بالتطوع ؛ لأنه لو لم يفعل بنفسه ، ولا استأجر غيره . . استأجر الحاكم .

قلت : استئجار الحاكم يدل علىٰ أنه ليس متطوعاً بذلك ، وإنما هو حق عليه ، إذا امتنع منه . . قام الحاكم مقامه في فعله عنه ، ثم محل كلامهم جميعاً : فيما إذا وردت المساقاة على الذمة ، فإن كانت علىٰ عينه . . انفسخت بموته .

٢٨٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٦] تبعاً لـ« المحرر » [ص ٢٢٨] : (**ولو خرج الثمر مستحقاً . . فللعامل على المُساقي أجرة المثل**) أعم من تعبير « الحاوي » و« الروضة » وأصلها بالشجر[1] ؛ لأن المالك قد يوصي بما سيحدث من الثمرة ثم يساقي ويموت ، أشار إليه السبكي .

٢٨٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**ويملك العامل حصته بالظهور وزكاته عليه**) محل الزكاة : إذا بلغ نصيبه نصاباً ، أو كان الجميع نصاباً وأثبتنا فيه الخلطة ، وإلا . . لم تجب .

❊ ❊ ❊

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٧٥) ، الحاوي (ص ٣٧٦) ، الروضة (٥/ ١٦٤) .

كتاب الإجارة

٢٨٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٧] : (**شرطهما كبائعٍ ومشترٍ**) أي : المؤجر والمستأجر ، ولم يتقدم ذكرهما ، ولكن الإجارة تدل عليهما ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**الإجارة بيع تصح ممن يصح منه البيع**) ، وهي أحسن ، لكن قد تفهم عبارته أنها بيع للأعيان ، وهو وجه ، **والأصح** : أنها بيع للمنافع ، قال الرافعي : ويشبه ألاَّ يكون هـٰذا خلافاً محققاً[1] ؛ أي : لأن العين لا يملكها قطعاً والمنفعة يملكها قطعاً ، وتبعه في « الروضة » علىٰ أن هـٰذا الخلاف لفظي[2] ، وأورد في « المهمات » له أربع فوائد .

٢٨١٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**وتصح بلفظ البيع**) قد يفهم صحتها بلفظ البيع مورداً على العين ؛ بأن يقول : بعتكها ، وليس كذلك جزماً ، كما صرح به الرافعي[3] ، وأسقطه في « الروضة »[4] ، أما إيراده على المنفعة بأن يقول : بعتك منفعتها . . **فالأصح** : بطلانه أيضاً ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٣٠٧] : (**والأصح : انعقادها بقوله : « أجرتك منفعتها »** ، **ومنعها بقوله : « بعتك منفعتها »**) وقد تناول الصورتين قول « الحاوي » [ص ٣٧٧] : (**لا بعتُ**) .

واختار السبكي **مقابل الأصح** في الصورتين ، وهو :

البطلان في قوله : (**أجرتك منفعتها**) إلا أن يتفق العاقدان علىٰ إرادة معنى الإجارة بذلك .

والصحة في قوله : (**بعتك منفعتها**) نظراً إلى المعنىٰ .

ولم يتعرض « التنبيه » للقبول ، ولا بد منه ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، وذكر النووي في « **شرح المهذب** » أن خلاف المعاطاة يجري في الإجارة ، وحكاه عن المتولي وآخرين[6] ، قال في « التوشيح » : ولا أدري هل يختار النووي صحة المعاطاة فيها كما اختاره في البيع أو لا ؟ **والأظهر** : لا ؛ فإنه لا عرف فيها بخلاف البيع .

قلت : منع العرف فيها ممنوع ؛ فالذي استقرت أجرته كبيوت الخانات ونحوها يطرد العرف في إجارتها بالمعاطاة من غير صيغة .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٨١) .

(٢) الروضة (٥/١٧٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٨٢) .

(٤) الروضة (٥/١٧٣) .

(٥) الحاوي (ص ٣٧٧) ، المنهاج (ص ٣٠٧) .

(٦) المجموع (٩/١٥٦) .

٢٨١١- قول « المنهاج » [ص ٣٠٧] : (**وهي قسمان : واردة علىٰ عين ؛ كإجارة العقار ودابة ، أو شخصٍ معينين**) مراده بالواردة على العين : ما يرتبط بالعين كما مثله ، ولا يفهم منه أن مورد الإجارة العين ؛ **فالصحيح** : أن موردها المنفعة كما تقدم ، والمعروف في العطف بـ (أو) عَوْدُ الضمير لأحدها ، فيؤتىٰ به مفرداً ، فكان ينبغي أن يقول : (معين) ، وأما قوله تعالىٰ : ﴿ إِن يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا ﴾ فعنه أجوبة ، فليُجب هنا بما يمكن إتيانه منها .

٢٨١٢- قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**وإن كانت الإجارة علىٰ عمل في الذمة . . جاز بلفظ السلم ، فإن عقد بلفظ السلم . . اعتبر قبض الأجرة في المجلس ، وإن عقد بلفظ الإجارة . . فقد قيل : يعتبر ، وقيل : لا يعتبر**) **الأصح** : الأول ، صرح بتصحيحه في « تصحيح التنبيه »[(١)] ، ونقل في « الروضة » وأصلها تصحيحه عن العراقيين وأبي علي والبغوي وغيرهم[(٢)] ، وهو ظاهر إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » اشتراط تسليم الأجرة في المجلس في إجارة الذمة[(٣)] ، ويشترط أيضاً عدم تأجيلها ، وقد صرح به « الحاوي »[(٤)] .

٢٨١٣- قول « المنهاج » [ص ٣٠٧] : (**ويشترط كون الأجرة معلومةً**) قد يفهم المنع فيما إذا كانت معينة مشاهدة إلا أنها جزاف غير معلومة القدر ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٣٧٧] : (**بأجرٍ مشاهَدٍ أو معلومٍ في الذمة**) وفي « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**ولا تجوز الإجارة إلا علىٰ أجرة معلومة الجنس والقدر والصفة**) ثم قال : (**وإن عقد علىٰ مال جزاف . . جاز ، وقيل : فيه قولان**)[(٥)] ، ومراد « المنهاج » : أن تكون معلومة ؛ إما بالمشاهدة فيما إذا كانت معينة ، وإما بمعرفة الجنس والقدر والصفة فيما إذا كانت في الذمة .

قال السبكي : وجزمهم باشتراط العلم بالأجرة يرد ما قاله صاحب « العدة » من جواز الحج بالرزق .

قلت : حكاه عنه الرافعي ، وأقره[(٦)] ، وجزم به في « الشرح الصغير » و« الروضة »[(٧)] ولعله جعالة اغتفر فيها الجهل بالجعل كمسألة العلج ، أو إجارة فاسدة يستحق فيها أجرة المثل بالعمل ، وقد نقل شيخنا الإسنوي في « التنقيح » نص الشافعي علىٰ عدم الجواز ، ونبه السبكي أيضاً علىٰ أن

---

(١) تصحيح التنبيه (١/٣٨٦) .
(٢) فتح العزيز (٦/٨٦) ، الروضة (٥/١٧٦) .
(٣) الحاوي (ص ٣٧٧) ، المنهاج (ص ٣٠٧) .
(٤) الحاوي (ص ٣٧٧) .
(٥) التنبيه (ص ١٢٤) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٣/٣٠٨) .
(٧) الروضة (٣/١٨) .

ما يقع في هـٰذا الزمان من أنه يُجعل لِجُبَاةِ الأموال العشر مما يستخرجونه هو مثل قفيز الطحان ، وهو تنبيه حسن ، قال : فإن قيل : نظير العشر . . لم تصح إجارة أيضاً ، وفي صحته جعالة نظر .

٢٨١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٧] : (**ولو استأجرها لترضع رقيقاً ببعضه في الحال . . جاز على الصحيح**) هو مفهوم قول « الحاوي » عطفاً على الممتنع [ص ٣٧٧] : (**وجزء محل العمل بعده**) وفي « شرح الرافعي » : نقل الإمام والغزالي عن الأصحاب المنع ؛ لأن العمل لم يقع في خاص ملك المستأجر ، وقالا : **القياس** : الجواز ؛ كمساقاة الشريك بشرط زيادة ، قال الرافعي : **وظاهر المذهب** : ما مالا إليه دون ما نقلاه[1] .

قال شيخنا ابن النقيب : وظاهر المذهب إنما يطلق غالباً إذا كان ثم نص يقبل التأويل ، وفي « الأم » قبيل (الصلح) : لا يجوز كونه أجيراً علىٰ شيء هو شريك في مثل : اطحن لي هـٰذه الويبة ولك منها ربع ، قال : فإطلاقه يقتضي المنع كما نقلاه ؛ فهو ظاهر المذهب ، لا ما قاله الرافعي ، ثم قال : **واختار السبكي** : أنه إن كان الاستئجار على الكل . . لم يجز ، وهو مراد النص ، أو علىٰ حصته فقط . . جاز ، وقد صرح به البغوي والمتولي[2] .

٢٨١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**وكون المنفعة متقومة ، فلا يصح استئجار بياع علىٰ كلمة لا تُتْعِبُ وإن رَوَّجَتِ السلعة**) هو مثل قول « الحاوي » [ص ٣٧٨] : (**لا لكلمة بلا تعب**) وهو متناول للإيجاب والقبول وغيرهما ، وبه صرح في « الروضة » وأصلها ، فقال : علىٰ كلمة البيع ، أو كلمة تروج بها السلعة ولا تعب فيها[3] .

وحمل السبكي كلامهم علىٰ غير الإيجاب والقبول ، وهو مخالف لتصريحهم كما تقدم ، وقال محمد بن يحيىٰ : هـٰذا في مستقر القيمة في البلد كالخبز واللحم ، أما الثياب والعبيد وما يختلف ثمنه باختلاف المتعاقدين ؛ فللبياع فيه مزيد نفع . . فيجوز ، واستدرك ذلك النووي في « تصحيحه » علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**وتصح علىٰ كل منفعة مباحة**) بلفظ الصواب فقال : **والصواب** : أنها لا تصح علىٰ منفعة غير متقومة ؛ كشم تفاحة وكلمة بياع[4] ، ويصح إيراده أيضاً علىٰ إطلاق « التنبيه » جواز التوكيل في البيع والشراء .

ويستثنىٰ منه أيضاً : البيع من معين ، وشراء شيء معين ؛ لأنه غير مقدور عليه ، وقال الرافعي بعد نقله مسألة التفاحة عن الغزالي : وكأن المنع ناشىء من أن التفاحة لا تقصد للشم ، فيكون

---

(١) فتح العزيز (٦/٨٨) .

(٢) السراج علىٰ نكت المنهاج (٤/٢٢٨) ، وانظر الأم (٣/٢٣٧) .

(٣) فتح العزيز (٦/٨٩ ، ٩٠) ، الروضة (٥/١٧٨) .

(٤) تصحيح التنبيه (١/٣٧٩) .

استئجارها كشراء الحبة الواحدة من الحنطة ، فإن كثر . . **فالوجه** : الصحة ؛ لأنهم نصوا علىٰ جواز استئجار المسك والرياحين للشم ، ومن التفاح ما هو أطيب من كثير من الرياحين[1] .

وفرق في « **المهمات** » تبعاً للسبكي : بأن المقصود من المسك والرياحين الشم ، ومن التفاح الأكل دون الرائحة .

وأجيب عن إيراد « التصحيح » : بأن المقرر في أول البيع أن حبة البر لا منفعة لها ، وشم التفاحة وكلمة البياع مثلها .

٢٨١٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**وفي استئجار الكلب للصيد والفحل للضراب والدراهم والدنانير وجهان ؛ أظهرهما : أنه لا يجوز**) فيه أمور :

أحدها : قيد في « الروضة » الكلب بكونه معلماً[2] ، ويوافقه تصريح الشيخ أبي حامد بأن غير المعلم لا يجوز استئجاره ؛ أي : قطعاً ، وهو واضح .

ثانيها : ذكر الصيد مثال ، فاستئجاره لحراسة ماشية أو زرع أو درب كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٣٧٨] : (**وحراسة كلب وصيده**) وهما معاً واردان علىٰ قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**وكلب للصيد**) .

ثالثها : محل الوجهين في الدراهم والدنانير : ما إذا صرح باستئجارها للتزيين ؛ ولذلك قيدها « المنهاج » و« الحاوي » به[3] ، فإن أطلق . . بطل قطعاً ، ولو حذف « الحاوي » القيد . . لكان أولىٰ ؛ لأنه لا يحكي الخلاف حتىٰ يحتاج إلىٰ تقييد محله ، بل قد يفهم منه الصحة عند انتفاء التزيين .

وجوابه : أنه تصوير للمسألة ؛ لأنه لا يمكن استئجارها لغير ذلك ، وذكر « الحاوي » مع الدراهم الطعام[4] ، **والأصح فيه** في « الروضة » : القطع بالبطلان[5] ، **وصحح** في « الشرح الصغير » : طريقة الوجهين .

٢٨١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**وكون المؤجر قادراً علىٰ تسليمها**) و« الحاوي » [ص ٣٧٨] : (**مقدورة التسليم**) زاد « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**فلا يصح استئجار آبقٍ ومغصوبٍ**) قال الرافعي : كبيعهما[6] ، قال السبكي : بيع المغصوب من الغاصب جائز ، وكذا من غيره إذا قدر على

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٨٩) .
(٢) الروضة (٥/١٧٨) .
(٣) الحاوي (ص ٣٧٨) ، المنهاج (ص ٣٠٨) .
(٤) الحاوي (ص ٣٧٨) .
(٥) الروضة (٥/١٧٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/٩٢) .

انتزاعه في **الأصح** ، **وقياسه في الإجارة** : مثله إذا لم تتأخر المنفعة عن العقد . انتهىٰ .

وقد يفهم ذلك من قول « التنبيه » [ص ١٢٢] : (**الإجارة بيع تصح ممن يصح منه البيع**) لكنه لم يصرح بالمستدرك في البيع ، فالإيراد عليه في البابين .

٢٨١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**وأعمىٰ للحفظ**) محله : في إجارة العين ، أما في الذمة . . فيصح ، ومن هنا يعلم أنه لا يصح استنباط من استنبط من ذلك أن العمىٰ من موانع الحضانة ؛ لأنه لا يتعين مباشرتها الحضانة بل لها الاستنابة في ذلك ، فهي كإجارة الذمة .

٢٨١٩ـ قول « التنبيه » في استئجار الأرض للزراعة [ص ١٢٣] : (**وإن كان بمصر . . لم يجز حتىٰ تروى الأرض بالزيادة**) يستثنىٰ منه : ما يروىٰ من الزيادة الغالبة ؛ كخمسة عشر ذراعاً فما دونها . . فإنه تصح إجارته قبل شمول الماء له ، كما حكاه في « الكفاية » عن القاضي أبي الطيب وابن الصباغ والمتولي ، وفي « الروضة » وأصلها : ليكن على الخلاف فيما يكفيه المطر المعتاد[1] ، ومقتضاه : تصحيح الصحة .

قال السبكي : وعلى الصحة يشترط عند الإجارة إمكان التشاغل بالزرع أو أسبابه من تكريم الأرض[2] ونحوه إن احتيج إليه ، وإلا . . كفىٰ دخولها في اليد والاستيلاء عليها ، وجزم الثلاثة بالبطلان في إجارة أرض للزراعة لا ماء لها دائم ولا معتاد ، وقطع به في « أصل الروضة »[3] .

قال السبكي : ومحله : إذا سكت عن ذكر أنه لا ماء لها ، فلو قال مع قوله : للزراعة : إنه لا ماء لها . . فإطلاق أكثر الأصحاب يقتضي البطلان ؛ لذكره الزراعة ، وكلام الجوري صريح في الصحة ؛ لذكره عدم الماء ، وينبغي إن أمكن إحداث ماء بحفر بئر ونحوها . . صح ؛ لأن المستأجر دخل علىٰ ذلك وهو ممكن ، وإن لم يمكن وإنما توقع مجيء مطرٍ أو سيل نادراً . . فلا ، فليعتمد ذلك وإن لم يكن منقولاً ، ولكنه مفهوم من كلام بعضهم ، وإطلاق أكثرهم يأباه . انتهىٰ .

ونقل شيخنا الإمام البلقيني عن نص الشافعي في « الأم » في (باب المزارعة) : فيما لو أكراه أرضاً بيضاء لا ماء لها علىٰ أن يزرعها إن شاء ، أو يفعل بها ما شاء . . صح الكراء ولزمه ، زَرَعَ أو لم يزرع . انتهىٰ[4] .

وظاهره موافقة الجوري ، والله أعلم .

٢٨٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**فلا يصح استئجار**

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٩٣) ، الروضة (٥/ ١٨٠) .

(٢) كذا في النسخ ، ولعل الصواب : (تكريب الأرض) أي : حرثها .

(٣) الروضة (٥/ ١٨٠) .

(٤) الأم (٤/ ١٦) .

لقلع سن صحيحة) محله : ما إذا لم يستحق قلعها لقصاص ، فإن استحق لقصاص . . جاز ، وكذا كل عضو سليم .

٢٨٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**ولا حائض لخدمة مسجد**) محله : في إجارة العين ، ويجوز في إجارة الذمة .

٢٨٢٢ـ قوله : (**وكذا منكوحة لرضاع أو غيره بغير إذن الزوج في الأصح**)[١] محله : في منكوحة غيره ، وله استئجار زوجته لغير إرضاع ولده ، وكذا له في **الأصح** ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٣٧٩] : (**ويجوز له ولو لرضاع ولدها**) .

ويرد عليهما : أن محل هـٰذا : في الحرة ؛ فلسيد الأمة أن يؤجرها بغير إذن الزوج ، وليس للزوج منعها من المستأجر ، وحكىٰ في « التوشيح » عن فتوىٰ والده : أنه لا يجوز استئجار العكامين للحج ؛ لأن الإجارة وقعت علىٰ عينهم للعكم ، فكيف يستأجرون بعد ذلك للحج ؟ قال : وهي مسألة عمت البلوىٰ بها .

قلت : ليس بين أعمال الحج والعكم مزاحمة ، فيمكن فعلها في غير وقت العكم ، والعكم لا يستغرق إلا زمنه ، ففي هـٰذه الفتوىٰ نظر .

٢٨٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**ولا يصح علىٰ منفعة محرمة ؛ كالغناء والزمر وحمل الخمر**) فيه أمران :

أحدهما : **الأصح** : كراهة الغناء لا تحريمه ، وكذا في « المهذب »[٢] ، ويوافقُه عدُّ « التنبيه » في (الشهادات) القوال فيمن لا مرؤة له ، لا في أهل المعاصي[٣] ، وحمل في « الكفاية » التحريم علىٰ ما إذا اقترن به شيء من الآلات المحرمة .

وقال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : في تحريمه في هـٰذه الحالة نظر أيضاً ، بل ينبغي تحريم سماع تلك الآلة ، ويبقى الغناء علىٰ إباحته ، قال : ولم يتكلم الرافعي على الاستئجار للغناء ، وقد قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم علىٰ بطلانه[٤] ، وقال الأستاذ أبو منصور البغدادي : إنه مذهب الشافعي ، وقال التاج الفركاح وحمزة ابن يوسف الحموي في « رفع التمويه » : إنه يصح في الغناء المباح ، ويؤيده ما قاله الرافعي عن المتولي : إن استئجار الطيور المسموعة للاستئناس بصوتها جائز ، وحينئذ . . فصوت الآدمي أولىٰ ، لكنه نقل أيضاً عن

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٨) .
(٢) المهذب (٣٢٦/٢) .
(٣) التنبيه (ص ٢٦٩) .
(٤) انظر « الإشراف علىٰ مذاهب العلماء » (٣٢٥/٦) ، و« الإجماع » (ص ١٠٢) .

« التهذيب » : أنه على الخلاف في استئجار النقدين . انتهىٰ[1] .

ثانيهما : يستثنىٰ من تحريم حمل الخمر : ما إذا استأجر علىٰ حملها للإراقة ، وما إذا كانت محترمة . . فإنه يجوز الاستئجار علىٰ حملها للنقل من موضع إلىٰ آخر .

واعلم : أن القدرة على التسليم وكون المنفعة مباحة قد يستغنىٰ بأحدها عن الآخر ، فاقتصر « المنهاج » و« الحاوي » على الأول[2] ، و« التنبيه » على الثاني[3] .

٢٨٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**ولا يجوز إلا معجلاً ، ويتصل الشروع في الاستيفاء بالعقد**) فيه أمران :

أحدهما : أن محله : في إجارة العين ، أما إجارة الذمة . . فيجوز تأجيل المنفعة فيها ، وهو مفهوم قول « الحاوي » عطفاً على الممتنع [ص ٣٧٨] : (**وللزمان القابل في العينية**) ، وصرح به « المنهاج » فقال [ص ٣٠٨] : (**ويجوز تأجيل المنفعة في إجارة الذمة ؛ كـ« ألزمت ذمتك الحمل إلىٰ مكة أول شهر كذا »**) وفي هـٰذا المثال نظر ؛ ففي « الروضة » وأصلها في (السلم) عن الأصحاب : أنه لو قال : إلىٰ أول رمضان . . بطل ؛ لأنه يقع علىٰ جميع النصف الأول ، وقال الإمام والبغوي : ينبغي **أن** يصح ، ويحمل على الجزء الأول[4] ، فالمذكور هنا يوافق ذلك الاحتمال ، ومثل في « الروضة » وأصلها هنا بغرة شهر كذا[5] ، وهو تمثيل صحيح .

ثانيهما : يستثنىٰ من منع تأجيل العينية مسائل :

إحداها : أنه يجوز إجارة السنة الثانية لمستأجر الأولىٰ في أثنائها **على الأصح** .

الثانية : كراء العقب جائز **في الأصح** ، ومن صورها : أن يؤجر دابة **لرجلين** ليركبها أحدهما نصف الطريق والآخر النصف الآخر .

الثالثة : استئجار عين الشخص للحج قبل أشهره إذا كان لا يتأتى الإتيان به من بلد العقد إلا بالسير قبله أو فيها ليحرم من الميقات . . جائز عند خروج الناس .

الرابعة : استئجار دار مشحونة بأمتعة يمكن الاشتغال بنقلها في الحال جائز **في الأصح** في « أصل الروضة » في أول الباب[6] ، **وصحح** في آخره : أنه إن أمكن تفريغها في مدة ليس لمثلها أجرة . . صح ، وإلا . . فلا[7] .

---

(١) انظر « التهذيب » (٤/٤٢٥) ، و« فتح العزيز » (٦/٨٩) .
(٢) الحاوي (ص ٣٧٨) ، المنهاج (ص ٣٠٨) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٣) .
(٤) فتح العزيز (٤/٤٠٠) ، الروضة (٤/١٠) .
(٥) فتح العزيز (٦/٩٦) ، الروضة (٥/١٨٢) .
(٦) الروضة (٥/١٨١) .
(٧) الروضة (٥/٢٥٧ ، ٢٥٨) .

الخامسة : استئجار الأرض للزراعة والماء عليها صحيح **في الأصح** ، مع أنه لا شروع ، بل ولا رؤية ؛ لأن الماء من مصالحها ، وقد ذكر « الحاوي » المسائل الثلاث الأول[1] ، وذكر « المنهاج » الأوليين[2] ، وذكر « التنبيه » الأولىٰ بعد ذلك لا في معرض الاستثناء[3] ، وتعبير « المنهاج » في الأولىٰ بقوله [ص ٣٠٨] : (**قبل انقضائها**) قد يرد عليه ما لو قال أولاً : (أجرتكها سنة ، فإذا انقضت . . فقد أجرتك سنة أخرىٰ) ، **والصحيح فيها** : بطلان العقد الثاني ؛ فإنه صدق في هـٰذه الصورة أنه قبل انقضائها ، فلو عبر بقوله : (**في أثنائها**) كما عبرتُ به . . لكان أولىٰ .

وأجيب : بأنه في هـٰذه الصورة ليس بمستأجر الأولىٰ ، ويستثنىٰ من كلامهم في هـٰذه الصورة : ما إذا أجر داره سنة ثم باعها في المدة وجوزناه . . فليس للمشتري أن يؤجرها السنة الثانية للمستأجر ؛ لأنه لم يكن بينهما معاقدة ، حكاه الرافعي عن « فتاوى القفال » ، وأقره[4] ، وهو علىٰ طريقته في أنه لو أجرها أولاً لزيد سنة ، فأجرها زيد لعمرو ، ثم أجرها المالك لعمرو السنة المستقبلة قبل انقضاء الأولىٰ . . لم يجز ، وتصح إجارتها لزيد ، لكن الذي صدر به الرافعي كلامه وحكاه عن البغوي : منع إجارتها لزيد ، وأن إجارتها لعمرو على الوجهين[5] ، ومقتضاه : ترجيح الصحة ، وتعبير « الحاوي » في الثانية بقوله [ص ٣٧٩] : (**أو ليركب نصف الطريق ذا ونصفه ذا**) قد يفهم تقييدها بأن يكون ذلك لرجلين ، وليس كذلك ، فلو أجرها لرجل واحد ليركب نصف الطريق ويمشي نصفها . . صح **على الأصح** ، وذكر النصف مثال لا قيد ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » بقوله [ص ٣٠٨] : (**وهو أن يؤجر دابة رجلاً ليركبها بعض الطريق ، أو رجلين ليركب هـٰذا أياماً وذا أياماً ويبين البعضين ، ثم يقتسمان**) ، وقوله : (**أياماً**) مثال ، وعبارة « الروضة » : زماناً ، ثم فرع عليه أنه إن كان ثم عادة مضبوطة إما بالزمان كيوم ويوم ، أو بالمسافة كفرسخ وفرسخ . . حمل عليها ، وليس لأحدهما طلب الركوب ثلاثاً والمشي ثلاثاً للمشقة ، وإن لم تكن عادة . . فلا بد من البيان ابتداء . انتهىٰ[6] .

فعلىٰ هـٰذا محل قول « المنهاج » [ص ٣٠٨] : (**ويبين البعضين**) ما إذا لم تكن عادة ، وحمل السبكي كلام « الروضة » علىٰ أنه بعد استقرار الأمر علىٰ يوم ونحوه ليس له طلب ثلاث ، وقال :

---

(١) الحاوي (ص ٣٧٩) .
(٢) المنهاج (ص ٣٠٨) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٩٧) .
(٥) انظر « التهذيب » (٤/٤٣٢) ، و« فتح العزيز » (٦/٩٦) .
(٦) الروضة (٥/١٨٣) .

الحق : جواز ما تشارطا عليه إن لم يضر البهيمة ، وقال شيخنا ابن النقيب : يحمل كلام « الروضة » علىٰ ما إذا كانت العادة يوماً[1] .

٢٨٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : **(فإن أطلق وقال : « أجرتك هـٰذا شهراً » . . لم يصح)** **الأصح** : صحته ، ويحمل علىٰ شهر متصل بالعقد ، ومحله : ما إذا أطلق الشهر أو قال : (شهراً من السنة) ولم يكن بقي فيها غير شهر ، فإن قال : (شهراً من السنة) وبقي فيها أكثر من شهر . . بطل ؛ للإبهام .

فَصْلٌ

[شروط المنفعة]

٢٨٢٦ـ كذا في « المنهاج »[2] ، ولو ذكره قبل قوله : **(وكون المنفعة متقومة)** كما في « المحرر »[3] ليستوفي شروط المنفعة في فصل مفرد . . لكان أولىٰ ؛ فإن المنفعة في الإجارة كالمبيع في البيع ، وصار بعض شروط المنفعة في هـٰذا الفصل وبعضها في الفصل الذي قبله ، والفصل بين شروط المنفعة لا معنىٰ له .

٢٨٢٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : **(فلو جمعهما فاستأجره ليخيطه بياض النهار . . لم يصح في الأصح)**[4] ، قال السبكي : ينبغي أن يكونا إذا أطلق أو ظهر قصد التقدير بهما معاً ، فإن قصد العمل وذكر اليوم تعجيلاً . . صح ، وكذا إذا كان الثوب صغيراً يفرغ في دون يوم . انتهىٰ .

ونص الشافعي رحمه الله في « البويطي » على الصحة ، فقال بعد ذكر الإجارة علىٰ خياطة ثوب وبناء دار : وإن شرط عليه أن يأخذ في عمله وسمى الفراغ إلىٰ أجل يمكن أن يعمل مثله . . فذلك أفضل ، وإن لم يسم الأجل . . فهو جائز ، ويعمل له طاقته حتىٰ يفرغ منه ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني .

٢٨٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٩] : **(ويقدر تعليم القرآن بمدة ، أو تعيين سور)** كذا تعيين آيات بأن يقول : عشر آيات من سورة كذا من أولها أو آخرها ، وقيل : يكفي من سورة كذا ، وقيل : يكفي وإن لم يعين السورة ، والأول **أصح** ، وما ذكره في التعليم من التقدير بمدة هو **المصحح** في زيادة « الروضة » ، والمجزوم به في (الصداق) في « الشرحين »[5] ، لكن في

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٢٣٦) .
(٢) المنهاج (ص ٣٠٨) .
(٣) المحرر (ص ٢٣٠) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٣ ، ١٢٤) ، و« الحاوي » (ص ٣٧٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٠٨) .
(٥) فتح العزيز (٦/١٠٦) ، الروضة (٥/١٩٠) .

« الشرح الصغير » هنا : **الأشبه** : أنه لا يكفي تقديره بمدة .

٢٨٢٩ـ قوله : (**وفي البناء يبين الموضع ، والطول ، والعرض ، والسمك ، وما يُبنىٰ به إن قُدِّرَ بالعمل**)[١] قيد في الكل احترز به عما إذا قدر بالزمان . . فإنه لا يحتاج إلىٰ بيان شيء من ذلك .

واعلم : أن كلام « المنهاج » فيما إذا استأجر بناء ليبنىٰ له ، وقول « الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**وطول البناء وعرضه وموضعه بارتفاعه وكيفيته حيث كان على السقف أو استأجر للعمل**) أراد به : ما إذا استأجر بناء ليبنىٰ له ، وما إذا استأجر أرضاً ليبنىٰ فيها ؛ ولذلك ذكر الاحتياج إلىٰ كيفية البناء فيما إذا كان علىٰ سقف ، وهـٰذا إنما يحتاج إليه في استئجار أرض للبناء فيها لا في استئجار بناء ، وعلىٰ هـٰذا . . فقوله : (**أو استأجر للعمل**) ناقص ، فينبغي أن يضم إليه : (**وقدر بالعمل**) ليخرج التقدير بالزمان كما تقدم .

٢٨٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٩] : (**ويكفي تعيين الزراعة عن ذكر ما يزرع [في الأرض]**[٢]) أي : سواء قال : للزراعة ، أو لتزرعها ؛ أي : ويزرع ما شاء ، قال **الرافعي** : وكان يحتمل أن ينزل على الأقل[٣] ، وهـٰذا الذي بحثه الرافعي قد حكاه الخوارزمي وجهاً ، وهو متجه لا سيما في قوله : ليزرعها ؛ فإنه لا عموم فيه .

٢٨٣١ـ قوله : (**وكذا لو قال : « إن شئت فاغرس وإن شئت فازرع » في الأصح**)[٤] عبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (إن شئت فازرعها وإن شئت فاغرسها)[٥] ، قال السبكي : وهو أحسن ؛ لاحتمال عبارة « المنهاج » زرع كلها وبعضها ، وعلى المصحح ينبغي أن يصور بقوله : (إن شئت فازرع ما شئت أو اغرس ما شئت) بزيادة : (ما شئت) ، فإن لم يزدها . . عاد الخلاف في وجوب تعيين ما يزرع .

٢٨٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**فإن لم يعرف بالصفة لكثرة التفاوت ؛ كالمحمل والراكب والصبي في الرضاع . . لم يجز حتىٰ يرىٰ**) فيه أمور :

أحدها : ما ذكره في الراكب من أنه لا بد من رؤيته ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن الجمهور ، ثم قال : **والأصح** : أن الوصف التام يكفي عنها ، ثم قيل : يصفه بالوزن ، وقيل : بالضخامة والنحافة ؛ ليعرف وزنه تخميناً[٦] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٠٩] : (**بمشاهدة**

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٩) .
(٢) في (أ) : (في الأصح) ، والمثبت من باقي النسخ .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١١٥) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٩) .
(٥) المحرر (ص ٢٣١) ، فتح العزيز (٦/ ١١٥) ، الروضة (٥/ ٢٠٠) .
(٦) فتح العزيز (٦/ ١١٦) ، الروضة (٥/ ٢٠٠ ، ٢٠١) .

أو وصفٍ تام) ، و« الحاوي » فقال [ص ٣٧٩ ، ٣٨٠] : **(رؤيةً ، أو ذكر ضخامته أو نحافته)** فزاد الجزم بأحد الوجهين في ذكر الوصف التام .

ثانيها : **الصحيح** : أنه لا يحتاج إلىٰ رؤية المحمل أيضاً ، قال في « أصل الروضة » : فإن شاهدها . . كفىٰ ، وإلا ؛ فإن كانت سروجهم ومحاملهم وما في معناها علىٰ قدر وتقطيع لا يتفاحش فيه التفاوت . . كفى الإطلاق ، وحمل علىٰ معهودهم ، فإن لم يكن معهود مطرد . . اشترط ذكر وزن السرج والإكاف والزاملة ووصفها ، هـٰذا هو الصحيح المعروف . انتهىٰ[1] .

وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٨٠] : **(والمحمل سعةً وضيقاً وزنةً)** ومحله : إذا تفاوتت تفاوتاً فاحشاً كما تقدم ، وسوى « المنهاج » بينه وبين الراكب ، فقال [ص ٣٠٩] : **(وكذا الحكم فيما يركب عليه من محمل وغيره إن كان له)** وهو مخالف لـ« الروضة » من وجهين :

أحدهما : أن فيها ذكر الوزن مع الوصف ، ولا يؤخذ ذلك من « المنهاج » .

الثاني : أن في « الروضة » أن محل الاحتياج إلىٰ ذلك : إذا لم يكن معهود مطرد[2] ، واحترز بقوله : **(إن كان له)** عما إذا لم يكن له ما يركب عليه . . فإنه لا يجب ذكره ، ويركبه المؤجر علىٰ ما يليق من ذلك .

ثالثها : قد يفهم منه أنه لا يحتاج في الاستئجار لإرضاع صبي إلىٰ بيان موضع الرضاع ؛ أهو بيته أو بيتها ، والمجزوم به في « أصل الروضة » خلافه[3] .

٢٨٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٩] : **(ولو شرط حمل المعاليق مطلقاً . . فسد العقد في الأصح)** هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٣٨٠] : **(وتفصيل المعاليق)** فالمراد بالإطلاق : ترك التفصيل ، وكان ينبغي التعبير بالأظهر ؛ لأن في المسألة قولين ، أو بالمذهب كما في « الروضة »[4] ؛ لأن فيها طريقة قاطعة بالفساد .

٢٨٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٩] : **(ويشترط في إجارة العين تعيين الدابة)** فيه أمران :

أحدهما : أن المراد : إجارتها للركوب ، وقد ذكر بعد ذلك إجارتها للحمل ، فكان مقيداً لهـٰذا الإطلاق .

ثانيهما : أن هـٰذه العبارة مشكلة ؛ لأن العين هو التعيين ، والشيء لا يكون شرطاً في نفسه ؛ ولعله لم يحترز بالتعيين عن الوصف في الذمة ، وإنما أراد به : مقابل الإبهام ؛ كإحدىٰ هاتين

---

(١) الروضة (٥/٢٠١) .
(٢) الروضة (٥/٢٠٢) .
(٣) الروضة (٥/١٩٢) .
(٤) الروضة (٥/٢٠٢) .

الدابتين ، فإنها إجارة عين بلا تعيين ، فهي باطلة .

٢٨٣٥ـ قوله : (**وفي إجارة الذمة ذكر الجنس والنوع والذكورة أو الأنوثة**)[١] زاد في « أصل الروضة » : (ويشترط أن يقول : مهملج ، أو بحر ، أو قطوف **على الأصح** ؛ لأن معظم الغرض يتعلق بكيفية السير)[٢] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٣٨٠] : (والدابة رؤية ، أو ذكر الجنس والنوع وسيرها) ، فزاد **على** « المنهاج » ذكر كيفية السير من هملجة وغيرها ، وأهمل ذكر الذكورة أو الأنوثة ، و(أو) في كلامه للتنويع ، والمراد : الرؤية في إجارة العين وذكر الجنس وما معه في إجارة الذمة ، كما أفصح به « المنهاج »[٣] ، وقوله : (**والسير والسّرىٰ والمنزل ؛ حيث لا عُرْف**)[٤] ليس معطوفاً علىٰ ذكر الجنس وحده ، بل علىٰ مجموع الأمرين ، فهو ثابت في إجارتي العين والذمة ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٠٩] : (**وفيهما ـ أي : في إجارة العين والذمة ـ بيان قدر السير** . . إلىٰ آخره) ، فلو أراد أحدهما مجاوزة المشروط أو النزول دونه لخوف أو خصب . . لم يكن له ذلك إلا بموافقة صاحبه ، قاله البغوي ، وخالفه الرافعي والنووي في الخوف بحثاً[٥] ، ويوافقه تصريح الإمام فيمن استأجر دابة لبلد ليعود راكباً : بأنه إن أقام فيها زيادة على المعهود لخوف . . فحكمه كالمودع المؤتمن ؛ أي : حتىٰ لا يحسب عليه كما قاله ابن الرفعة ، فلو لم يكن الخوف عذراً . . لحسبت عليه تلك المدة[٦] .

٢٨٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٩] : (**فإن حضر . . رآه وامتحنه بيده إن كان في ظرفٍ**) يخالفه قول « الحاوي » [ص ٣٨٠] : (**والمحمول رؤية ، أو حقق القدر ، أو امتحن باليد**) فخيَّر بين ثلاثة أمور ، وذكر « المنهاج » الرؤية إن لم يكن في ظرف ، والامتحان إن كان في ظرف ، وهو الموافق لكلام الرافعي ؛ حيث قال : فإن كان المحمول حاضراً ورآه المؤجر . . كفىٰ ، وإن كان في ظرف . . وجب أن يمتحنه باليد تخميناً لوزنه[٧] ، وأسقط في « الروضة » الامتحان فيما إذا كان في ظرف[٨] .

٢٨٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٠٩] : (**وإن غاب . . قُدِّر بكيل أو وزن**) التقدير بالوزن مطرد سواء أكان موزوناً أو مكيلاً ، وبالكيل خاص بما إذا كان مكيلاً .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٩) .
(٢) الروضة (٥/٢٠٢) .
(٣) المنهاج (ص ٣٠٩) .
(٤) الحاوي (ص ٣٨٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/١١٨ ، ١١٩) ، و« الروضة » (٥/٢٠٢ ، ٢٠٣) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٨/١٠٦ ، ١٠٧) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٦/١١٩) .
(٨) الروضة (٥/٢٠٤) .

٢٨٣٨ـ قوله : (**وجنسه**)[١] عبارة « الروضة » : لا بد من ذكر جنسه ، ثم قال : فلو قال : مئة رطل مما شئت . . جاز في **الأصح** ، ويكون رضاً منه بأضر الأجناس ، فلا حاجة حينئذ إلىٰ بيان الجنس ، ثم حكىٰ عن صاحب « الرقم » عن حُذَّاق المراوزة : أن الحكم كذلك ولو لم يقل : مما شئت ، قال : وحاصله الاستغناء بالتقدير عن ذكر الجنس ، فلو قدر بالكيل ، فقال : عشرة أقفزة مما شئت . . فالمفهوم من كلام السرخسي أنه لا يغني عن ذكر الجنس ؛ للاختلاف ثقلاً وخفة ، قال الرافعي : لكن يجوز أن يجعل رضا بأثقل الأجناس كما في الوزن . انتهىٰ[٢] .

وعلىٰ ذلك مشى « الحاوي » فلم يذكر الجنس مطلقاً[٣] ، لكن صوب النووي قول السرخسي ، وفرق بقلة الاختلاف هناك وكثرته هنا[٤] .

٢٨٣٩ـ قول « الحاوي » [ص ٣٨٠] : (**بوصف الدابة في الزجاج**) زاد « المنهاج » [ص ٣٠٩] : (**ونحوه**) ، وهـٰذا الكلام ذكره القاضي حسين والإمام والغزالي[٥] ، وتابعهم الرافعي والنووي[٦] ، ولم يتعرض له الجمهور ، كما قال ابن الرفعة ، **وقوىٰ** عدم اشتراطه بحثاً ، قال القاضي حسين : وفي معنى الزجاج : ما إذا كان في الطريق وحلٌ أو طين .

٢٨٤٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣٨٠] : (**ولمئة منٍّ مع الظرف**) أي : إذا لم يذكر الجنس . . كان الظرف من جملة المئة المنّ ، فلا يحتاج لمعرفته ، وقوله : (**ومن برٍّ دونه**)[٧] أي : وإن ذكر الجنس ؛ كالبر مثلاً . . لم يكن الظرف من الموزون ، فلا بد من معرفته إن لم ينضبط ، فلو ذكر الجنس وصرح بأن الظرف من الوزن ؛ بأن قال : مئة من الحنطة بظرفها . . صح أيضاً ، قال الرافعي : كذا ذكروه ، لكن إذا اعتبرنا الجنس مع الوزن . . وجب أن يُعرف قدر الحنطة وحدها وقدر الظرف وحده . انتهىٰ[٨] .

والأصح علىٰ ما تقدم : أن الجنس لا بد من الوزن معه ، فيكون **الأصح** : عدم الصحة فيما إذا قال : بظرفها .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٠٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٢٠) ، و« الروضة » (٥/ ٢٠٤) .
(٣) الحاوي (ص ٣٨٠) .
(٤) انظر « الروضة » (٥/ ٢٠٤) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ١٣٦) ، و« الوجيز » (١/ ٤٠٩) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٢٠) ، و« الروضة » (٥/ ٢٠٥) .
(٧) الحاوي (ص ٣٨٠) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٢٠) .



[في بقية شروط المنفعة]

٢٨٤١ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**ولا تجوز للقرب**) عبارة « أصل الروضة » : الشرط الرابع : حصول المنفعة للمستأجر ، وأكثر العناية في هٰذا الشرط بالقرب[1] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : هٰذا الشرط ـ وهو : حصول المنفعة للمستأجر ـ لا يتحقق ، ولا يظهر من كلامهم صورة يحصل منعها بمقتضىٰ هٰذا الشرط ؛ فإن منع الاستئجار للقرب التي لا تدخلها النيابة ليس لعدم حصول المنفعة للمستأجر ، بل لأنها غير قابلة للنيابة ، وهٰذا الأذان يستأجر عليه الإمام والآحاد والمنفعة الحاصلة به القيام بمصالح الرعية ، فأين المنفعة للمستأجر إذا كان من الآحاد ، ولو استأجرت شخصاً علىٰ حمل قفيز. . فالمنفعة للفقير ، والحاصل للمستأجر الأجر ، وكذا لو استأجرت مرضعاً لإرضاع طفل لا تلزمك مؤنته . انتهىٰ .

٢٨٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٠] : (**لا تصح إجارة مسلم لجهاد**) يفهم إجارة الذمي له ، وهو كذلك ، لكن يختص ذلك بالإمام ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**وللإمام استئجار الذمي للجهاد**) ، وأفتىٰ شيخنا الإمام البلقيني بفساد الإجارة للمرابطة عوض الجندي كالجهاد .

٢٨٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٠] : (**وتصح لتجهيز ميت ودفنه**) الظاهر : أن ذكر الدفن بعد التجهيز من ذكر الخاص بعد العام ؛ لدخوله فيه ؛ ولهٰذا اقتصر « الحاوي » على التجهيز[2] .

٢٨٤٤ـ قولهما : (**وتعليم القرآن**)[3] أي : ولو فاتحة لمتعين عليه **في الأصح** ، ومحل صحة الاستئجار عليه : ما إذا كان المتعلم مسلماً أو كافراً يرجىٰ إسلامه .

٢٨٤٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**والأذان**) يفهم أن الأجرة في مقابلة جميعه ، **وهو الأصح** ، وقيل : للحيعلتين ، وقيل : لرفع الصوت ، وقيل : لرعاية الوقت .

٢٨٤٦ـ قوله : (**كاستأجرتك في رضاع المرأة**)[4] ، أورد عليه : أنه يفهم أن العين ـ وهي اللبن ـ هي الأصل الذي تناوله العقد ؛ لإفراده عن سائر أنواع الإجارة ، **والأصح** : أن الأصل فعلها ، وهو وضع الرضيع في الحجر وتلقيمه الثدي وعصره بقدر الحاجة ، وهي الحضانة الصغرىٰ ، واللبن يستحق تبعاً .

٢٨٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٨٢] : (**ولحضانةٍ وإرضاعٍ**

---

(١) الروضة (٥/١٨٧) .

(٢) الحاوي (ص ٣٧٩) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٣٧٩) ، و« المنهاج » (ص ٣١٠) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٣٧٨) .

معاً ، **ولأحدهما فقط ، والأصح : أنه لا يستتبع أحدهما الآخر**) أرادا هنا : الحضانة الكبرىٰ ، وقد فسرها « المنهاج » بقوله [ص ٣١٠] : (**والحضانة : حفظ صبي وتعهده بغسل رأسه وبدنه وثيابه ودهنه وكحله وربطه في المهد وتحريكه لينام ونحوها**) ، وقد وقع لشيخنا في « المهمات » هنا اشتباه إحدى الحضانتين عليه بالأخرىٰ .

٢٨٤٨ـ قولهما : (**ولو استأجر لهما فانقطع اللبن . . فالمذهب : انفساخ العقد في الإرضاع دون الحضانة**)(١) قال الرافعي : ولم يفرقوا بين أن يصرح بالجمع بينهما وبين أن يذكر أحدهما ويحكم باستتباعه الآخر ، قال : وحسنٌ أن نفرق ؛ ففي التصريح يقطع بأنهما مقصودان ، وعند ذكر أحدهما هو المقصود والآخر تابع(٢) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني فيما إذا استأجر امرأة لإرضاع سخلة : يظهر جوازه ، وفي استئجار شاة لإرضاع طفل يظهر منعه .

٢٨٤٩ـ قول « الحاوي » [ص ٣٨٢] : (**وعلى المستأجر الخيط والحبر والصبغ ، والذرور**)(٣) تبع فيه « المحرر »(٤) ، وقد استدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٣١٠] : (**صحح الرافعي في « الشرح » : الرجوع فيه إلى العادة ، فإن اضطربت . . وجب البيان ، وإلا . . فتبطل الإجارة**) .

فصل
[بيان ما على المؤجر والمستأجر]

٢٨٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] و« الحاوي » [ص ٣٨١] : (**إن مفتاح الدار على المكري**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣١٠] : (**إنه يجب تسليمه إلى المكتري**) لأنه يفهم من الوجوب الإثم بالترك ، وليس كذلك ، بل غايته أنه إذا لم يسلمه له . . ثبت له الخيار كما في العمارة ، زاد « الحاوي » [ص ٣٨١] : (**بلا تجديد**) أي : إن ضاع من المكتري . . فليس على المكري تجديده ، وهـٰذا مخالف للمجزوم به في « أصل الروضة » أنَّ إبداله من وظيفة المؤجر ، فإن لم يبدله . . فللمستأجر الخيار(٥) ؛ ولعل « الحاوي » أراد بذلك : أنه لا يجبر عليه ، وخرج بالمفتاح القفل ، فلا يجب تسليمه حيث اعتيد الإغلاق به ؛ لأن الأصل أن لا تدخل المنقولات في العقد الواقع على العقار ، والمفتاح تابع للغلق .

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٣٨٢) ، و« المنهاج » (ص ٣١٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/١٢٤) .
(٣) **الذرور** بالفتح : ما يذر في العين وعلى القرح من دواء يابس . انظر « لسان العرب » (٤/٣٠٤) .
(٤) المحرر (ص ٢٣٢) .
(٥) الروضة (٥/٢١١) .

٢٨٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٠] : (**وعمارتها على المؤجر**) زاد « الحاوي » [ص ٣٨١] : (**بلا كُره**) أي : أنه لا يجبر علىٰ ذلك ، وهو مفهوم من قول « المنهاج » [ص ٣١٠] : (**فإن بادر وأصلحها ، وإلا فللمكتري. . الخيار**) ، ومعنىٰ كونها على المؤجر : أنها ليست على المستأجر ، ويستثنىٰ من ثبوت الخيار : ما إذا كان الخلل مقارناً للعقد وعلم به المكتري ، جزم به في « أصل الروضة »(١) ، وفيه نظر ؛ فإن المستأجر ولو علم بالخلل موطن النفس علىٰ أن المؤجر يزيله ، والضرر يتجدد بمضي المدة ، لا سيما والمدة المستقبلة لم تقبض إلى الآن ، ففي إلزامه الاستمرار علىٰ مصابرة الضرر عسر غير محتمل .

٢٨٥٢ـ قول « الحاوي » [ص ٣٨١] : (**كانتزاع المغصوب**) أي : على المؤجر ذلك ، لكن لا يكره عليه ، قال في « الروضة » : وينبغي أن يكون **المصحح** هنا : وجوب الانتزاع(٢) .

٢٨٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣١١] : (**وتنظيف عرصة الدار عن ثلج وكناسةٍ على المكتري**) هو كما قدمناه في العمارة ليس المراد : إلزام المكتري به ، وإنما المراد : أنه ليس على المكري ، وقد صرح بذلك في « الروضة » من زيادته(٣) ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : قد صرح الغزالي في « الوجيز » ـ وهو العمدة للرافعي في ذلك ـ بأن المستأجر يلزمه إزالة الثلج الخفيف(٤) .

قلت : هو مثل تعبير غيره بأنه على المستأجر ، ومعناه أنه من وظيفته ، وليس على المؤجر كما في نظائره ، والله أعلم .

٢٨٥٤ـ قوله : (**وإن أجر دابة لركوب. . فعلى المؤجر إكاف وبرذعة**)(٥) في جمعه بينهما نظر ؛ لأنه مفسر بها ؛ ولهـٰذا لم يجمع بينهما « التنبيه » و« الحاوي »(٦) ولعلهما نوعان مختلفان ، ثم إن ما ذكروه في ذلك محله : في حالة الإطلاق ، فلو قال : (أكريتك هـٰذه الدابة عارية بلا حزام ولا إكاف ولا غيرهما). . لم يلزمه شيء .

٢٨٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣١١] : (**وعلى المكتري محملٌ ومظلةٌ وغطاءٌ ووطاءٌ وتوابعها**) لعله أراد بتوابعها : الحبل الذي يشد به المحمل على البعير أو يشد به أحد المحملين إلى الآخر. . فإنه على المكتري .

---

(١) الروضة (٥/٢١٠) .

(٢) الروضة (٥/٢١٠) .

(٣) الروضة (٥/٢١١) .

(٤) الوجيز (١/٤١٠) ، وانظر « فتح العزيز » (٦/١٢٧) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣١١) .

(٦) التنبيه (ص ١٢٤) ، الحاوي (ص ٣٨٢) .

٢٨٥٦ـ قوله : (**والأصح في السرج : اتباع العرف**)[١] تبع فيه « المحرر »[٢] ، وليس في « الشرحين » ترجيح[٣] ، واقتصر في « الروضة » علىٰ عزو تصحيحه لـ« المحرر »[٤] ، وذكر في « الكفاية » أن السرج داخل في قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وما يحتاج إليه للتمكن من الانتفاع.. فهو على المكري**) وقال البغوي : ما عدا السرج والإكاف والبرذعة على المؤجر ، وكذا الثلاثة في إجارة الذمة ، وفي العين على المستأجر ، ويضمن إن ركب بغيرها[٥] ، قال الرافعي : وهو كالتوسط في الآلات[٦] .

٢٨٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وما يحتاج إليه لكمال الانتفاع كالدلو والحبل.. فهو على المستأجر**) محله : ما إذا استأجر عينه للاستقاء ، فإن وردت الإجارة علىٰ ذمته.. كانا على المؤجر ، وعليه مشى « الحاوي » فقال فيما على المكري [ص ٣٨٢] : (**وفي الذمة الدلو والرشاء في الاستقاء**) ، ووقع في « تصحيح التنبيه » لشيخنا الإسنوي عكس ذلك ، فقال : **والأصح** : وجوب الدلو والحبل في الاستئجار للاستقاء على المؤجر إذا وردت الإجارة على العين ، كما ذكره في « الروضة » في أول المسألة الثانية في الكلام على الاكتراء للحمل . انتهىٰ[٧] .

وكذا ذكر في « التنقيح » ، وكذا في « التوشيح » لابن السبكي ، وهو سبق قلم ، والمسألة في « الروضة » في الموضع المذكور على الصواب[٨] .

٢٨٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وعلى المكري الإشالة والحط وإركاب الشيخ وإبراك البعير للمرأة**) محله : في إجارة الذمة ، فإن أكرىٰ عين دابة.. لم يلزمه شيء من ذلك ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٩] ، ووقع لشيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عكس ذلك ، فقال بعد ما تقدم عنه : وفي الإشالة والحط أيضاً هـٰذا التفصيل[١٠] ، لكنه ذكره في « التنقيح » على الصواب ، وفي معنى المرأة : الرجل الضعيف ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » بقوله [ص ٣٨٢] : (**إعانة الراكب المحتاج**) و«المنهاج» بقوله [ص ٣١١]: (**إعانة الراكب في ركوبه ونزوله بحسب الحاجة**) .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣١١) .
(٢) المحرر (ص ٢٣٢) .
(٣) فتح العزيز (٦/١٣٨) .
(٤) الروضة (٥/٢١٩) .
(٥) انظر « التهذيب » (٤/٤٥٩) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/١٣٨) .
(٧) تذكرة النبيه (٣/١٨٤) ، وانظر « الروضة » (٥/٢٢٠) .
(٨) الروضة (٥/٢٢٠) .
(٩) الحاوي (ص ٣٨٢) ، المنهاج (ص ٣١١) .
(١٠) تذكرة النبيه (٣/١٨٤) .

٢٨٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وفي كسح البئر وتنقية البالوعة وجهان**) **الأصح منهما** : أنه على المستأجر ، واختار السبكي مقابله ، ومحل الخلاف : إذا امتلأ في أثناء المدة بعد التسليم فارغاً ، ففي الابتداء على المؤجر قطعاً ، وبعد انتهاء المدة لا يلزم المستأجر قطعاً ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٣٨١] : (**وعلى المكري تسليم الدار وبئر الحش والبالوعة خالية ، لا إن امتلأ**)[١] فاحترز عن الابتداء ، ويرد عليه الانتهاء .

٢٨٦٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويثبت الخيار بعيبها**)[٢] أي : الدابة المعينة ، فلو لم يعلم به حتىٰ مضت المدة . . فات الخيار وله الأرش ، وإن علم به في الأثناء وفسخ وقلنا ينفسخ فيما مضىٰ . . قال السبكي : ينبغي أن يجب الأرش ، وإن لم ينفسخ . . قال : فلا أرش للمستقبل ، وفيه لما مضىٰ نظر ، زاد « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**أو حدث به عيب**) ، وكذا أطلقه الجمهور ، وقال الرافعي والنووي : **الوجه** : ما ذكره المتولي ، وهو المنع من الفسخ في حدوث العيب ؛ لأنه فسخ في بعض المعقود عليه ، بل يأخذ الأرش[٣] .

٢٨٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٣١١] : (**ولا خيار في إجارة الذمة ، بل يلزمه الإبدال**) لم يذكر عدم الانفساخ بالتلف ، مع أنه مصرح به في « المحرر »[٤] اكتفاءً بمنع الخيار بالعيب ، ولو صرح به . . لكان أولىٰ ، مع أنه لو سلم دابة عما في الذمة اختص بها المستأجر . . فله إيجارها ، ولا يجوز للمؤجر إبدالها إلا برضاه **في الأصح** .

٢٨٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وإن أكل بعض الزاد وقيمته تختلف في المنازل . . جاز له أن يبدله ، فإن لم تختلف . . ففيه قولان**) **الأظهر** : جواز إبداله أيضاً ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣١١] : (**والطعام المحمول ليؤكل يُبدل إذا أُكل في الأظهر**) لكن فيه شيئان :

أحدهما : أنه لم يبين محل الخلاف كما فعل « التنبيه »[٥] .

ثانيهما : أنَّ عبارته تقتضي تصوير المسألة بما إذا أكل جميعه مع أن القولين إنما هما فيما إذا أكل بعضه ، فأما عند أكل جميعه . . فالمسألة ذات وجهين ، **والصحيح** منهما : الإبدال أيضاً ، ومشى «الحاوي» على الصحيح أيضاً ، فقال [ص ٣٨٢] : (**وبُدِّل الطعام للأكل**) ، لكن تقييده بكونه للأكل لا معنىٰ له ؛ لأن تقييد « المنهاج » وغيره بذلك إنما هو لأنه موضع الخلاف ، فالمحمول ليصل يُبدل قطعاً، و«الحاوي» لا يحكي الخلاف حتىٰ يحتاج إلى القيد ، فحكم الصور كلها عنده واحد .

---

(١) كذا في النسخ ، وفي « الحاوي » : (امتلأت) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٤) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٢ ، ٣٨٣) ، و« المنهاج » (ص ٣١١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٦٢) ، و« الروضة » (٥/ ٢٣٩) .
(٤) المحرر (ص ٢٣٢) .
(٥) التنبيه (ص (١٢٤) .

ثم اعلم : أن محل الخلاف أيضاً : عند الإطلاق ، أما لو شرط الإبدال أو عدمه . . اتبع الشرط ، واختار السبكي أنه إن شرط قدراً يكفيه كل الطريق . . لم يُبدل جزماً ما دام الباقي كافياً لبقية الطريق ، أو قدراً يُعلم أنه لا يكفيه . . فله الإبدال .

بقي هنا فرع غريب علىٰ منع الإبدال ، وهو : أنه إذا لم يأكل منه . . فهل للمؤجر مطالبته بتنقيص قدر أكله ؟ قال السبكي : ينبغي أن يقال : إن لم يقدّره . . فله ذلك ، وإن قدّره . . **فالظاهر** : أنه ليس له ذلك اتباعاً للشرط ، ويحتمل أن يجب للعرف ، وهو ما أميل إليه .

٢٨٦٣ـ قول « الحاوي » [ص ٣٨٣] : (**ونزع الملبوس إن نام**) يستثنىٰ : النوم وقت القيلولة **على الأصح في الرافعي** ، قال : وهو ما أورده الأكثرون[1] ، وقال النووي : أطلق الأكثرون جواز النوم فيه نهاراً من غير تقييد بالقيلولة[2] ؛ ولعل « الحاوي » أراد : النوم وقت القيلولة بقوله بعده : (**والفوقاني للقيلولة والخلوة**)[3] .

فَصْلٌ

[في تعيين قدر المنفعة]

٢٨٦٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣٧٩] : (**ويعين قدر المنفعة إما بالزمان وإن طال**) شرطه : أن يكون ذلك الزمان تبقىٰ فيه العين المؤجرة غالباً ، كما صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[4] ، وفرع في « أصل الروضة » علىٰ ذلك ، فقال : فلا يؤجر العبد أكثر من ثلاثين سنة ، والدابة عشر سنين ، والثوب سنتين أو سنة علىٰ ما يليق به ، والأرض مئة سنة وأكثر ، وحكى الرافعي هـٰذا عن « التهذيب »[5] ، وظاهر إطلاقهم أنه لا فرق في ذلك بين الوقف وغيره ، **وهو المشهور** ، قال المتولي : إلا أن الحكام اصطلحوا علىٰ منع إجارته أكثر من ثلاث سنين ؛ لئلا يندرس الوقف ، وهـٰذا الاصطلاح غير مطرد ، وفي « أمالي السرخسي » : **أن المذهب** : منع إجارة الوقف أكثر من سنة إذا لم تمس إليه حاجة ، وهو غريب ، ووجهه : عسر تقويم المدة المستقبلة ، ومقتضىٰ كلام الروياني في نظيره : أنه يشترط أن تكون تلك المدة يحتمل أن يبقىٰ إليها المؤجر والمستأجر ، ومقتضىٰ كلام « الروضة » : أنه لا يشترط ذلك ، وينتقل لوارثه ، خرجته من كلامهما في تأجيل الثمن ، وعدم الاشتراط هو مقتضىٰ إطلاق الأصحاب .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/١٤٤) .
(٢) انظر « الروضة » (٥/٢٢٥) .
(٣) الحاوي (ص ٣٨٣) .
(٤) التنبيه (ص ١٢٣) ، المنهاج (ص ٣١١) .
(٥) التهذيب (٤/٣٤٤) ، فتح العزيز (٦/١١١) ، الروضة (٥/١٩٦) .

٢٨٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٣] : (**وإن قال : « أجرتك كل شهر بدرهم » . . بطل**) يستثنىٰ منه : الاستئجار على الأذان إذا كان المستأجر هو الإمام من مال المصالح . . فلا يفتقر إلىٰ بيان المدة ، كما حكاه الرافعي في بابه عن « التهذيب »[١] .

٢٨٦٦ـ قوله : (**وقيل : يصح في الشهر الأول**)[٢] محله : ما إذا عين الابتداء من الآن ، فإن أطلق . . لم يصح قطعاً ، كما أفهمه كلام « المهذب » وغيره[٣] .

٢٨٦٧ـ قوله : (**وإن استأجر دابة ليركبها . . أركبها مثله**)[٤] مثال ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣١٢] : (**وللمكتري استيفاء المنفعة بنفسه وبغيره ، فيُركب ويُسكن مثله ، ولا يُسكن حداداً وقصاراً**) يعني : والصورة أنه ليس كذلك ، وعبر « الحاوي » عن هـٰذا بعبارة شاملة لجميع الصور ، فقال [ص ٣٨٢] : (**وبدل المستوفي**) ، وفسره الرافعي : بأنه مستحق الاستيفاء[٥] .

واستشكل بمن استأجر لإركاب عبده أو فقير . . فالعبد والفقير هما المستوفي ، والمستحق هو المستأجر ، قال السبكي : لا يقال : هما مستوفىً به ؛ لأنهم قطعوا فيه بالإبدال ، ولم يجروا فيه الخلاف في إبدال الرضيع . انتهىٰ .

واعلم : أنه ذكر في « الروضة » وأصلها من صور المستوفي : ما إذا استأجر دابة لحمل قطن . . فله حمل صوف ووبر ، أو لحديد . . [فله رصاص[٦]][٧] .

قال في « المهمات » : وهو من قسم المستوفىٰ به بلا شك ، لكنه متفق عليه ليس فيه الخلاف الذي في بقية صور المستوفىٰ به .

٢٨٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٢] : (**وما يستوفىٰ به ؛ كثوب وصبي عُيِّن للخياطة والارتضاع . . يجوز إبداله في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : تبع في هـٰذا الترجيح « المحرر »[٨] ، وكذا في « الشرح الصغير » ، وعليه مشى « الحاوي »[٩] ، لكنه لم يرجح في « الكبير » شيئاً ، بل نقل في موضع هـٰذا الترجيح عن الإمام والمتولي ، وفي موضع مقابله عن العراقيين وأبي علي وغيرهم ، وتبعه في « الروضة » علىٰ هـٰذين

---

(١) التهذيب (٢/٥٨) ، فتح العزيز (١/٤٢٤) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٣) .
(٣) المهذب (١/٣٩٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/١٤٣) .
(٦) فتح العزيز (٦/١٤٣) ، الروضة (٥/٢٢٤) .
(٧) في (أ) : (فله حمل رصاص) .
(٨) المحرر (ص ٢٣٣) .
(٩) الحاوي (ص ٣٨٢ ، ٣٨٣) .

النقلين[١] ، ويوافق الترجيح الثاني ما سيأتي عن « التنبيه » في موت الرضيع : أنه ينفسخ العقد على المنصوص[٢] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن الأول ليس بالمعتمد في الفتوىٰ ، قال : وقد جزم في الكلام علىٰ ما يُعتبر تعيينه في الرضاع بأنه يجب تعيين الصبي ؛ لاختلاف الغرض باختلافه ، وما وجب تعيينه لا يجوز إبداله كالدابة المعينة ، وأيضاً : فتجويز الإبدال إن كان بإجبار المرضعة عليه . . فهو من أبعد ما يكون ، وإن كان برضاها . . فهو بعيد أيضاً ؛ لأنه إما معاوضة ولا صائر إليه ، وإما مسامحة . . فمقتضى المسامحة : أن لا يحتاج في الابتداء إلىٰ تعيين الرضيع . انتهىٰ .

ثانيها : حكى الرافعي عن الشيخ أبي علي : أنه قال : محل الخلاف : إذا التزم في ذمته خياطة ثوب معين أو حمل متاع معين ، أما لو استأجر دابة معينة لركوب أو حمل متاع . . فلا خلاف في جواز إبدال الراكب والمتاع . انتهىٰ[٣] .

وقد تقدمت الإشارة إلىٰ ذلك قريباً .

ثالثها : ينبغي أن يقول : (عُيِّنا) فإنه صفة لثوب وصبي ، وإيقاع ضمير المفرد موضع التثنية شاذ .

٢٨٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٥] : (**وإن مات الصبي الذي وقعت الإجارة علىٰ إرضاعه . . انفسخ العقد على المنصوص**) مقتضىٰ عبارة « الروضة » هنا : ترجيح عدم الانفساخ ؛ فإنه بعد نقل جواز الإبدال عن تصحيح الإمام والمتولي . . قال : والخلاف جارٍ في انفساخ الإجارة بتلف هـٰذه الأشياء في المدة ، وميل العراقيين إلىٰ ترجيح الانفساخ ، وقالوا : **هو المنصوص** ، والثاني : مخرج . انتهىٰ[٤] .

وهو مقتضىٰ تجويز الإبدال كما تقدم ، ويوافق « التنبيه » في ذلك ترجيح الانفساخ في الخلع ، قال في « أصل الروضة » : **إنه المذهب** ، **والمنصوص** في « المختصر » وأكثر الكتب ، **ورجحه** الجمهور[٥] .

٢٨٧٠ـ قوله : (**وعليه ـ أي : المستأجر ـ مؤنة الرد ، وقيل : يجب ذلك على المؤجر**) ذكر في « أصل الروضة » أن الأول أقربهما إلىٰ كلام الشافعي ، وأن الغزالي **صحح الثاني**[٦] ، واقتصر في

---

(١) فتح العزيز (٦/ ١٤٤) ، الروضة (٥/ ٢٢٤) .

(٢) التنبيه (ص ١٢٥) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٧٣) .

(٤) الروضة (٥/ ٢٢٤ ، ٢٢٥) .

(٥) الروضة (٧/ ٤٠٢) .

(٦) الروضة (٥/ ٢٢٦) .

« الشرح الصغير » علىٰ ذكر تصحيح الغزالي ، وهو يشعر برجحان الثاني ، وجزم به في « أصل الروضة » في العارية ، فقال فيما إذا استعار من المستأجر : أن مؤنة الرد على المالك إن رد عليه كما لَوْ ردَّ عليه المستأجر[1] ، وكذا صحح شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » الثاني[2] ؛ لما سيأتي عن « المنهاج » وغيره من أن يد المستأجر بعد انقضاء الإجارة يَدُ أمانة[3] ، وهي مبنية عليها ، فالضمان مبني علىٰ وجوب مؤنة الرد ، وعدمه مبني علىٰ عدمه ، كما في « الروضة » وأصلها[4] ، لكن قال السبكي : قد يجمع بينهما بأنها أمانة شرعية ، فلا يناقضها وجوب الرد . انتهىٰ .

قال القاضي أبو الطيب : ولو شرط عليه الرد . . لزمه بلا خلاف ، ومنعه ابن الصباغ ، وقال : من لا يوجبه عليه ينبغي ألاَّ يجوز شرطه .

قال في « المهمات » : وفي « زيادات العبادي » التصريح بالخلاف ، فقال : إنها فاسدة عندنا ؛ يعني : عند المراوزة ، خلافاً للإصطخري .

٢٨٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٢] : (**ويد المكتري يد أمانة مدة الإجارة ، وكذا بعدها في الأصح**) وكذا في « الحاوي »[5] ، وليس في كلام الرافعي في « الشرح » تصريح بترجيح ، وإنما بنىٰ هٰذه المسألة على التي قبلها[6] ، وزاد في « الروضة » تصحيح « المحرر » : عدم الضمان[7] ، وجزم به في « أصل الروضة » في حكم البيع قبل القبض ، فعد من الأمانات : المال في يد المستأجر بعد المدة[8] .

قال السبكي : **والحق** : أنها بعد المدة أمانة شرعية ، فإن تلفت عقب انقضاء المدة قبل التمكن من الرد والإعلام . . فلا ضمان ، وكذا إذا مضىٰ زمان وقد أمسكها لعُذْرٍ مانع ، كما جزم به الماوردي[9] .

قلت : وكذا جزم به في « الروضة » وأصلها[10] ، وأخرج حالة العذر عن موضع الخلاف .

قال السبكي : وإن طالبه المالك فامتنع . . كان ضامناً ، وإن استنظره فأنظره مختاراً . . كان

---

(١) الروضة (٤/٤٣٢) .
(٢) تذكرة النبيه (٣/١٩٠) .
(٣) المنهاج (ص ٣١٢) .
(٤) فتح العزيز (٦/١٤٥) ، الروضة (٥/٢٢٦) .
(٥) الحاوي (ص ٣٨٣) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/١٤٥ ، ١٤٦) .
(٧) المحرر (ص ٢٣٣) ، الروضة (٥/٢٢٦) .
(٨) الروضة (٣/٥٠٨) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٤٤٠) .
(١٠) فتح العزيز (٦/١٤٦) ، الروضة (٥/٢٢٦) .

كالمستعير كما قاله الماوردي[1] ، فيضمن الرقبة دون المنفعة ، وإن عرضها المستأجر عليه فلم يقبلها . . فكالوديعة ، وإن لم يكن شيء من ذلك وتمكن من الرد . . فهو موضع الوجهين ، **والأصح** : لا يجب الرد .

٢٨٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٨٣] : (**ولو ربط دابة اكتراها لحمل أو ركوب ولم ينتفع بها . . لم يضمن إلا إذا انهدم عليها اصطبل في وقت لو انتفع لم يصبها الهدم**) لابد من تقييده بأن تكون العادة في ذلك الوقت جارية بالانتفاع بها كالنهار ؛ للاحتراز عما إذا كان المعهود في تلك الحالة أن تكون تحت السقف كالليل في الشتاء . . فإنه لا يضمن ، كما في « الروضة » وأصلها[2] .

قال السبكي : وهل هو ضمان جناية حتىٰ لو لم تتلف لم يضمن ، أو ضمان يد ، فتصير مضمونة عليه ؟ **الأقرب** : الثاني ، قال : وهـٰذه المسألة لم أرها إلا للقاضي حسين ، وتبعه الإمام الغزالي ، وللنظر فيها مجال ، **والمتجه** : إن نسب في الربط إلىٰ تفريط . . صار ضامناً ضمان يد ، وإلا . . فلا ، ولا يجعل تركه حقه من الانتفاع موجباً للضمان ، وأما ضمان الجناية . . فضابطه : أن ينسب التلف إلىٰ فعله .

ولو عبر « الحاوي » بالانتفاع . . لشمل الحمل المذكور في « المنهاج » فإنه اقتصر علىٰ ذكر الركوب .

وظاهر إطلاق « التنبيه » عدم الضمان مطلقاً ؛ لأنه لم يستثن هـٰذه الصورة .

٢٨٧٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو تلف المال في يد أجير بلا تعد . . لم يضمن إن لم ينفرد باليد ؛ بأن قعد المستأجر معه أو أحضره منزله**)[3] يقتضي مشاركة الأجير للمالك في اليد في هاتين الصورتين ، وكلام الأصحاب يقتضي أن اليد للمالك خاصة ، ولا يد للأجير عليها ، وهـٰذا التنكيت علىٰ عبارة « المنهاج » خاصة .

٢٨٧٤ـ قوله في تفسير المنفرد : (**وهو : من أجر نفسه مدة معينةً لعملٍ**)[4] ، قال السبكي : ينبغي أن يكون قوله : (**مدة معينة**) مستغنىً عنه وإن ذكره غيره ؛ لأن المأخذ كونه أوقع الإجارة علىٰ عينه ، وقد يقدر بالعمل دون المدة كعكسه ، وذكر في « **المهمات** » : أن هـٰذا التعريف

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٤٤٠) .

(٢) فتح العزيز (٦/ ١٤٦ ، ١٤٧) ، الروضة (٥/ ٢٢٧) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٣) ، و« المنهاج » (ص ٣١٢) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣١٢) .

للمنفرد ، وتعريف المشترك بأنه : من التزم عملاً في ذمته لا يؤخذ منهما الحكم في إجارة العين ، بل تفسير المشترك يقتضي أنه منفرد ، وتفسير المنفرد يقتضي أنه مشترك ، ولم يظهر لي ما ذكره ، بل تفسير المنفرد صريح في أن المراد به : إجارة العين .

٢٨٧٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٨٤] : (**ولا أَجْر لعملٍ دون شرطه**) أعم من قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**وإن أمر غسالاً يغسل ثوباً**) وهو في الجعالة ، ومن قول « المنهاج » [ص ٣١٢] : (**ولو دفع ثوباً إلىٰ قصارٍ ليقصره ، أو خياطٍ ليخيطه**) فتلك أمثلة ، قال « الحاوي » [ص ٣٨٤] : (**لا إن دخل الحمام**) أي : فإنه تجب عليه الإجرة ، وإن لم يشرط شيئاً ، وعلله الرافعي : بأن الداخل مستوف منفعة الحمام بسكونه ، بخلاف بقية الصور ؛ فإن صاحب المنفعة هو الصارف لها[1] ، وقال في « الشرح الصغير » : ينبغي أن يكون محله : ما إذا دخل بلا إذن الحمامي ، فإن أذن . . فينبغي أن يكون كبقية المسائل ، كما قالوا فيمن دخل سفينة بإذن صاحبها حتىٰ أتى الساحل ، واستثنىٰ مع مسألة الحمامي مسائل أخرىٰ :

إحداها : عامل الزكاة ؛ فإنه يستحق العوض وإن لم يسم ، قال الرافعي : إن شاء الإمام بعثه ثم أعطاه أجرة ، وإن شاء سمىٰ له ، وقال بعضهم : لا يحتاج إلى استثناء هـٰذه المسألة ؛ لأن الأجرة ثابتة له بنص القرآن ، فهي مسماة شرعاً وإن لم يسمها الإمام حين البعث .

الثانية : عمل القسمة بأمر الحاكم . . فللقاسم الأجرة من غير تسمية ، استثناه شيخنا ابن النقيب وغيره[2] ، وقال في « التوشيح » : هو كغيره ولا يستثنىٰ ، قال : وتقييد الرافعي الخلاف ـ فيما لو أمر الشركاء قاسماً ولم يذكروا أجرة كيف تُفَضّ ـ بما إذا قلنا : يجب أجرة المثل في مثل ذلك ، إشارة إلىٰ ما قلناه ، وقوله بعده : إن الخلاف ـ يعني : في كيفية الفض ـ يجري فيما لو أمر القاضي قاسماً ، فقسم قسمة إجبار ؛ أي : وقلنا : يجب أجرة المثل في ذلك ، واستغنىٰ عن ذكره بتقدمه قُبَيْلَهُ وظهوره .

الثالثة : عامل المساقاة إذا عمل ما ليس من أعمالها بإذن المالك . . استحق الأجرة ، كما في « الروضة » وأصلها في بابها[3] .

٢٨٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٢] : (**وقيل : إن كان معروفاً بذلك العمل . . فله ، وإلا . . فلا ، وقد يستحسن**) ، قال السبكي تفريعاً عليه : ينبغي إن كانت الأجرة معلومة بالعرف . . حمل العقد عليها ، وكان العقد صحيحاً كالمعاطاة ، وإلا . . فأجرة المثل ، وكان فاسداً .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٥٢) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٢٥٨) .
(٣) فتح العزيز (٦/ ٧٠) ، الروضة (٥/ ١٦٠) .

٢٨٧٧ـ قوله : (**فلو تعدى المستأجر ؛ بأن ضرب الدابة** . . . إلىٰ آخره)[1] أمثلة ، وإن كانت العبارة تفهم أنه تقييد .

٢٨٧٨ـ قوله : (**أو أركبها أثقل منه**)[2] لم يبين هل المستأجر في هـٰذه الصورة ضامن قراراً أو طريقاً ؟ والمنقول : أنه طريق إن كان الثاني عالماً ، وقرارٌ إن كان غير عالم ، ومحل الشق الثاني : ما إذا كانت يد الثاني لا تقتضي الضمان ؛ كالمستأجر ونحوه ، فإن كانت تقتضيه ؛ كالمستعير . . فالقرار عليه ، وإن كان غير عالم ، كما أوضحوه في (الغصب) .

٢٨٧٩ـ قوله : (**أو أسكن حداداً أو قصاراً**)[3] أي : وهما أشد ضرراً مما استأجر له ، ويرد علىٰ إطلاق « الحاوي » الضمان بالتعدي[4] : ما إذا تعدىٰ في الأرض فزرع ، أو غرس غير المستحق حيث منعناه . . فإن **الأصح** من زيادة « الروضة » : أنه لا يكون ضامناً للأرض غاصباً لها ، بل يضمن الأجرة فقط[5] .

٢٨٨٠ـ قوله : (**وضمن أجر مثل ما زاد**)[6] محله في الزائد علىٰ ما يقع التفاوت به بين الكيلين ؛ فإن ذلك المقدار مغتفر ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « المنهاج » [ص ٣١٢] : (**ولو اكترىٰ لمئة فحمل مئة وعشرة . . لزمه أجرة المثل للزيادة**) لأن الزيادة في الصورة التي ذكرها فوق ما يقع التفاوت به بين الكيلين ، فيعلم من تمثيله تقييد المسألة .

٢٨٨١ـ قوله : (**وإن تلفت بذلك . . ضمنها إن لم يكن صاحبها معها**)[7] لا يختص الضمان بأن تتلف بذلك ؛ أي : بالحمل ، فلو تلفت بسبب غيره . . ضمنها أيضاً ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وإن حمل عليها أكثر مما شرط فتلفت وهي في يده . . ضمن قيمتها**) فأطلق التلف ، وهو المفهوم من إطلاق « الحاوي » الضمان بالتعدي[8] ، ولابن كج احتمال أنه لا يضمن الكل ، وقواه السبكي ، وقال : تعديه بالزيادة لا باليد .

٢٨٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وإن كان صاحبها معها . . ضمن نصف القيمة في أحد القولين ، والقسط في الآخر**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[9] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣١٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣١٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣١٢) .
(٤) الحاوي (ص ٣٨٣) .
(٥) الروضة (٥/٢١٨) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٣٨٣ ، ٣٨٤) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣١٢) .
(٨) الحاوي (ص ٣٨٣) .
(٩) الحاوي (ص ٣٨٤) ، المنهاج (ص ٣١٢) .

٢٨٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**وإن دفع إليه ثوباً فقطعه قميصاً ، فقال صاحب الثوب : « أمرتك أن تقطعه قباء فعليك الأرش » ، وقال الخياط : « بل أمرتني بقميص فعليك الأجرة » . . تحالفا علىٰ ظاهر المذهب**) **الأظهر** كما قال في « المنهاج » [ص ٣١٣] : (**تصديق المالك بيمينه ، ولا أجرة عليه ، وعلى الخياط أرش النقص**) وعليه مشى « الحاوي »[١] ، ولو عبر « المنهاج » بالمذهب . . لكان أولىٰ ؛ ففي المسألة خمسة طرق ، لكن **أصحها** : طريقة القولين ، فمشىٰ عليه « المنهاج » ، ولم يبين « المنهاج » و« الحاوي » الأرش ، وفيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة »[٢] :

أحدهما : ما بين قيمته مقطوعاً وصحيحاً ، **صححه** ابن أبي عصرون ، **وصححه** أيضاً في « المهمات » ، وحكاه عن تصحيح الإمام .

والثاني : ما بين قيمته مقطوعاً قميصاً ومقطوعاً قباء ، **واختاره** السبكي ، وقال : لا يتجه غيره ؛ لأن أصل القطع مأذون فيه .

٢٨٨٤ـ قول « التنبيه » تفريعاً على التحالف [ص ١٢٦] : (**وهل يلزمه أرش النقص ؟ فيه قولان**) **أصحهما** : لا .

واعلم : أن شيخنا في « المهمات » رجح طريقة القطع بالتحالف ، فقال : إنها **الصواب** نقلاً واستدلالاً ، ثم بسط ذلك ، ونبه أيضاً علىٰ أن محله : عند الاتفاق علىٰ عقد ، وإن كان كلام الرافعي والنووي يقتضي خلافه .

فصل
[فيما يفسخ الإجارة]

٢٨٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٣] : (**لا تنفسخ إجارة بعذر**) قد يفهم ثبوت الخيار للمعذور ، وليس كذلك ، فلو قال : (لا تفسخ) . . لكان أولىٰ ، كما فعل « الحاوي » حيث قال عطفاً علىٰ ما لا يثبت فيه الخيار [ص ٣٨٦] : (**أو ظهر للعاقد عذر**) ، وهو أحسن من جهة أخرىٰ ، وهي أن تعبيره بالعاقد يتناول المستأجر والمؤجر ، فهو أعم من قول « المنهاج » في الأمثلة [ص ٣١٣] : (**ومرض مستأجر دابةٍ لسفرٍ**) فإن مرض المؤجر فيما إذا كانت غير معينة كذلك ، فإنه يتعذر خروجه معها ، وهو من أعمال الإجارة ، لكن عبارة « المنهاج » أولاً شاملة ، ولا يضر خصوص المثال .

٢٨٨٦ـ قول «المنهاج» [ص ٣١٣]: (**وسفرٍ**) مقتضىٰ كلام السبكي ضبطه بإسكان الفاء ؛ فإنه شرحه

(١) الحاوي (ص ٣٨٤ ، ٣٨٥) .
(٢) الروضة (٥/٢٣٧) .

بما إذا استأجر دابة ليسافر عليها، ولا بد من رفقة ، وهم السفر ؛ أي : المسافرون ، فتعذر خروجهم .

٢٨٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**فإن تلفت العين المستأجرة**) أعم من قول « المنهاج » [ص ٣١٣] : (**وتنفسخ بموت الدابة والأجير المعينين**) ، ومن قول « الحاوي » [ص ٣٨٥] : (**وبتلف معين الدابة والأجير تنفسخ**) .

٢٨٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**انفسخت الإجارة فيما بقي دون ما مضىٰ ، وقيل : فيما مضىٰ قولان**) **رجح** فيما مضىٰ طريقة القطع بعدم الانفساخ ، وحكاها في « الكفاية » عن الأكثرين ، **وصححها** الروياني وغيره ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها ؛ حيث قالا : إن فيه الطريقين فيمن اشترىٰ عبدين ، فقبض أحدهما وتلف الآخر قبل قبضه . . هل ينفسخ في المقبوض ؟ **والأصح في** (باب تفريق الصفقة) : القطع بعدم الانفساخ[1] ، لكن مشى « المنهاج » علىٰ طريقة القولين ، فقال [ص ٣١٣] : (**لا الماضي في الأظهر**) .

ومحل عدم الانفساخ في الماضي إما قطعاً أو على **الأظهر** : أن يكون التلف بعد القبض بمدة لها أجرة ، فإن كان قبله أو بعده بمدة ليس لها أجرة . . انفسخ في الكل ، وإذا قلنا بعدم الانفساخ . . فليس له الفسخ أيضاً ، كما **صححه في** « الشرح الصغير » .

٢٨٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**فإن فسخ . . لزمه أجرة ما مضىٰ**) لا يخفىٰ أن محله : أن يكون لمثله أجرة ، والواجب أجرة المثل إن قلنا : يرتفع من أصله ، والقسط من المسمىٰ إن قلنا : من حينه ، والمراد بالعيب هنا : ما يؤثر في المنفعة تأثيراً يظهر به تفاوت الأجرة دون ما يظهر به تفاوت الرقبة .

٢٨٩٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولا ينفسخ بموت العاقدين**)[2] قد يستثنىٰ منه : ما إذا أوصىٰ بداره لزيد مدة عمر زيد ، فقبل الوصية ، وأجرها زيد ، ثم مات في خلالها . . فإن الإجارة تنفسخ ، وعند التحقيق لا حاجة إلى استثنائها ؛ فإنها لم تنفسخ لأجل موت العاقد ، بل لانتهاء حقه بموته ، كما سيأتي في موت البطن الأول .

واعلم : أن هـٰذه الصورة هي في « الروضة » كما ذكرته[3] ، وفيها إشكال ؛ لأنها وصية علىٰ صورة العمرىٰ ، وحكمها حكم العمرىٰ في الحياة حتىٰ تتأبد وتورث عنه ولا تعود إلىٰ ورثة المعمر ، وعبر عنها الرافعي : بأن يوصي بمنفعة داره[4] ، وفيها نظر أيضاً ؛ فإنها إباحة لا تمليك ، فتمتنع إجارتها كما ذكروه في (الوصية) .

---

(١) فتح العزيز (٦/١٦٢) ، الروضة (٥/٢٤٠) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٥) ، و« المنهاج » (ص ٣١٣) .
(٣) الروضة (٥/٢٤٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/١٧٤) .

٢٨٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٣] : (**ومتولِّي الوقف**) يستثنىٰ منه : ما إذا كان متولي الوقف هو المستحق له ، وأجر بدون أجرة المثل ـ فإنهم صرحوا بأنه يجوز له ذلك ـ ومات في أثناء المدة . . فقال ابن الرفعة : يظهر فيه الجزم بالانفساخ .

٢٨٩٢ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ولو أجر البطن الأول مدة ومات قبل تمامها . . فالأصح : انفساخها**)[١] استشكل تصويرها ؛ لأن البطن الأول إن شرط له نظر . . فهو متول ، وقد سبق أنه لا تنفسخ بموته ، وإلا . . فلا نظر له إلا علىٰ قول ضعيف يبعد تفريع المسألة عليه ، وصورها ابن الصباغ بأن يكون شرط النظر لكل بطن في حصته ، فلا يتعلق بما بعده ، لكنه استشكل ؛ لأنه يصير حينئذ كإجارة الصبي المذكورة بعدُ ، ويلغو الفرق بينهما ، مع أن **الأصح** : خلافه ، واختار السبكي أنه ينفسخ إذا أجر بحكم الملك ، أو شرط النظر له في حصته فقط ، فإن أطلق النظر للموقوف عليه ، واقتضى الحال نظر كل في زمنه . . لم ينفسخ ؛ لأنها صحت بنظر شامل ، فلا تبطل بنظر ثان .

٢٨٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٣] : (**فيما لو أجر الولي صبياً مدة لا يبلغ فيها بالسن فبلغ بالاحتلام . . أن الأصح : عدم الانفساخ**) ، تبع فيه « المحرر »[٢] ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٣٨٥] : (**وبلوغ الاحتلام**) وليس معطوفاً على الذي قبله ، وهو موت البطن الأول ؛ فإنه استثناء من نفي ، فهو مثبت ؛ أي : يثبت الانفساخ ، وإنما هو معطوف على المنفي أولاً ، وهو قوله : (**لا بموت العاقد**)[٣] كذا قرره من تكلم عليه ، وفي فهم ذلك منه عسر ، ونقل الرافعي **تصحيح** عدم الانفساخ عن صاحب « المهذب » والروياني ، **وتصحيح** الانفساخ عن الإمام والمتولي ، ولم يذكر من عنده ترجيحاً[٤] ، فزاد في « الروضة » : **صحح** الرافعي في « المحرر » الثاني[٥] ؛ أي : وهو الانفساخ ، وليس كما قال ، وإنما **صحح** : عدم الانفساخ ، كما مشىٰ عليه « المنهاج » ، وينبغي أن تكون صورة المسألة : أنه بلغ رشيداً ، فلو بلغ سفيهاً . . فهو كالصبي في استمرار الولاية .

قال شيخنا ابن النقيب : كذا يظهر ، ولم أر من قيد به[٦] ، واستبعد جماعة التعبير بالانفساخ ؛

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٣٨٥) ، و« المنهاج » (ص ٣١٣) .

(٢) المحرر (ص ٢٣٥) .

(٣) الحاوي (ص ٣٨٥) .

(٤) انظر « المهذب » (١/٤٠٧) ، و« فتح العزيز » (٦/١٧٩) .

(٥) الروضة (٥/٢٥٠) .

(٦) قال في « حاشية الرملي » (٢/٤٣٣) : (وهو عجيب! قال الأذرعي : قيده الماوردي بما إذا بلغ رشيداً ، وهو قضية كلام القضاة الطبري والحسين والروياني ، فإن بلغ سفيهاً . . استمرت . اهـ ، وقيده ابن الرفعة في « المطلب » و« الكفاية » ببلوغه رشيداً ، وهو ظاهر) .

لأنه يشعر بسبق الانعقاد ، وقالوا : الخلاف في تبين البطلان لظهور تصرفه في غير ملكه ؛ فإنه قيل به . . فهو من التفريق في الابتداء ، وإن قيل بعبارة الجمهور . . فهو من التفريق في الدوام ، والله أعلم[1] .

٢٨٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : **(وإن كانت داراً فانهدمت ، أو أرضاً فانقطع ماؤها . . ففيه قولان ، أحدهما : ينفسخ ، والثاني : لا ينفسخ ، بل يثبت له خيار الفسخ) الأصح** : أنها تنفسخ في الأولىٰ دون الثانية ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[2] ، لكنه عطفه علىٰ ما عبر فيه بالأصح ، فاقتضىٰ أن الخلاف وجهان ، وليس كذلك ؛ فإن النص في الأولى الانفساخ ، وفي الثانية الخيار ، فقيل : بتقرير النصين ، وقيل : بالقطع فيهما بالخيار ، وقيل : بطريقة التخريج ، لكن **الأظهر** من القولين في كل مسألة : ما نص عليه ، وهي الطريقة المصححة ، وهو مشكل ، فإنه إن ظهر الفرق . . فكيف يخرج ؟ وإن لم يظهر واحتيج للتخريج . . فكيف يرجح مقتضى النص ؟ ، وقد وقع لهٰذا في كلام الرافعي والنووي نظائر ، وفيها هٰذا الإشكال ، وعلىٰ كل حال : فكان ينبغي التعبير بالمذهب أو بالأظهر إن اقتصر علىٰ طريقة القولين .

لكن قد يجاب عنه : بأن الطرق قد يسلك بها مسلك الأوجه كثيراً ؛ فإنها من تصرف الأصحاب .

ولو هدمها المستأجر . . كان الحكم كذلك ، صرح به البغوي ، وأما قول الرافعي والنووي في (النكاح) : إن المستأجر لو خرب الدار ثبت له الخيار[3] . . فالمراد به : تخريب يحصل به تعييب لا هدم كامل ، ومحل ثبوت الخيار في الثانية : ما إذا لم يبادر المؤجر لسوق ماء إليها ، فإن بادر به . . سقط الخيار ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٨٥] : **(لا إن بادر التدارك)** ، لكن عبارة « الروضة » وأصلها : فإن قال المؤجر : (أنا أسوق الماء إليها) . . سقط الخيار[4] ، ومقتضىٰ هٰذا اللفظ : الاكتفاء بالوعد بذلك ، وهو بعيد كما قال السبكي ، قال : وقطع الماوردي ببقاء الخيار عند مجرد الوعد .

قلت : لم يرد الرافعي والنووي الاكتفاء بالوعد الذي ليس بمنجز ، فقد قالا قبله : وإنما يثبت الخيار إذا امتنعت الزراعة ، وبعده : كما لو بادر إلىٰ إصلاح الدار ، ومن المعلوم أن الوعد بالإنجاز تمتنع معه الزراعة ، وليس كالمبادرة إلىٰ إصلاح الدار .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٢٦٥) .

(٢) الحاوي (ص ٣٨٥) ، المنهاج (ص ٣١٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٣٧) ، و« الروضة » (٧/ ١٧٩) .

(٤) فتح العزيز (٦/ ١٧٠) ، الروضة (٥/ ٢٤٢) .

٢٨٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٣] : (**وغصب الدابة وإباق العبد يُثبت الخيار**) لا يخفىٰ أن ذكر الدابة والعبد مثال ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٨٥] : (**أو غُصب أو أبق**) أي : أيَّ مؤجر كان ، ثم فيه أمور :

أحدها : لا يخفىٰ أن صورة المسألة في إجارة العين ، فإن كان في إجارة الذمة . . فعلى المؤجر الإبدال ، فإن امتنع . . استؤجر عليه .

ثانيها : أن محله : ما إذا لم يبادر المؤجر إلى الانتزاع من الغاصب وإحضار الآبق ، فإن بادر لذلك ولم تتعطل عليه منفعة . . سقط خياره كما سبق في نظيره .

ثالثها : أن محله : في غصب أجنبي ، فلو غصبها المالك ؛ إما بعد القبض ، أو بامتناعه من الإقباض الواجب . . فقيل : كالأجنبي ، وقيل : ينفسخ قطعاً .

رابعها : أن محله : ما إذا لم يستمر الغصب والإباق حتى انقضت المدة ، فإن كان كذلك . . فسنذكره بعد .

٢٨٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : (**وإن غصبت العين حتى انقضت المدة . . فهو كالمبيع إذا تلف قبل القبض ، وقد بيناه في البيع**) ، قال النووي في « التحرير » : وقوله : (**أتلف**) كذا صوابه بالألف ، وحذفها خطأٌ يتغير به حكم المسألة ، فاحذره[1] .

قلت : لأن تلف المبيع قبل القبض بآفة ينفسخ به البيع قطعاً ، وإتلاف أجنبي له فيه خلاف ، هل ينفسخ به البيع ، أو يثبت للمشتري الخيار ؟ وقد ذكر هو في « أصل الروضة » في هـٰذه الصورة أنها مبنية على الخلاف في إتلاف الأجنبي ، لكنه قال بعده : إن الذي نص عليه الشافعي والأصحاب : انفساخ الإجارة وإن كان البناء المذكور يقتضي ترجيح عدم الانفساخ ، لكن المذهب : الانفساخ . انتهى[2] .

وحينئذ . . يتجه تشبيهها بالتلف لا بالإتلاف ، ومن العجب جزم الرافعي والنووي بالبناء مع قولهما : إن الشافعي والأصحاب علىٰ خلافه ، وفرق القاضي حسين بين الإجارة والبيع بفرق ذكره الرافعي في نظيره ، وهو : أن المعقود عليه في البيع المال ، وهو واجب على الجاني ، فيتعدى العقد من العين إلىٰ بدلها ، بخلاف الإجارة ؛ فإن المعقود عليه فيها المنفعة ، وهي غير واجبة علىٰ متلفها ، إنما الواجب المال ، فلم يتعد العقد من المنفعة إلىٰ بدلها ، وقد يؤخذ من إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » ثبوت الخيار خاصة[3] ، لكن الحق : أنهما مسألتان : مطلق الغصب ،

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٢٤) .
(٢) فتح العزيز (٦/ ١٧١) ، الروضة (٥/ ٢٤٢ ، ٢٤٣) .
(٣) الحاوي (ص ٣٨٥) ، المنهاج (ص ٣١٣) .

وهي التي تكلما عليها ، واستمراره إلىٰ فراغ المدة ، وهي التي في « التنبيه »[1] ، لكن كلام السبكي يقتضي دخول مسألة استمرار الغصب إلىٰ آخر المدة في كلام « المنهاج » فإنه ذكر مسألة : ما لو كان الغاصب حربياً أو أبق العبد أو غرقت الأرض في المدة كلها ، وقال : يقطع فيها بالانفساخ ، ولا وجه للخيار ، قال : وممن ذكر مسألة الإباق القاضي أبو الطيب ، ولم أر من قال فيها بالخيار ؛ فلذلك أشكل إطلاق « المنهاج » ، فيحمل علىٰ ما إذا لم تنقص المدة ، **والظاهر** : أنه أراد : مسألة الغصب ، ومشىٰ فيها علىٰ مقتضى البناء ، ولفَّ معها مسألة الإباق ، فحصل الخلل . انتهىٰ .

٢٨٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٤] : **(ولو أكرىٰ جمالاً وهرب وتركها عند المكتري . . راجع القاضي ليمونها من مال الجمَّال ، فإن لم يجد له مالاً . . اقترض عليه ، وله أن يبيع منها قدر النفقة)** ظاهره : أنه عند فقد مال له مخير بين القرض عليه وبين بيع جزء منها بقدر النفقة ، وعبارة « الروضة » تقتضي أن بيع جزء منها إنما يكون عند تعذر القرض ؛ فإنه قال بعد ذكر الاستقراض : وإذا لم يجد مالاً آخر . . باع منها بقدر الحاجة ؛ لينفق عليها من ثمنه[2] ، وصرح بذلك شيخنا ابن النقيب ، فقال : ومحله ـ أي : البيع منها ـ إذا تعذر القرض[3] ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٢٥] : **(وإن هرب الجمَّال وترك الجمَال وفيها فضل . . بيع ما فضل وأنفق عليها ، وإن لم يكن فيها فضل . . اقترض عليه)** ، ففصل بين أن يكون فيها فضل عن حاجة المستأجر . . فيقدم بيع الفاضل على القرض ، وبين أن يكون بقدر حاجة المستأجر . . فيقترض حينئذ ، وهو تفصيل حسن ، وينبغي أن يكون إطلاق الرافعي والنووي محمولاً عليه ؛ ولعله مفهوم من قول « المنهاج » [ص ٣١٤] : **(فإن لم يجد له مالاً)** فإنه إذا كان فيها زيادة علىٰ حاجة المستأجر . . فقد وجد له مالاً لا تعلق لأحد به ، وظاهر كلام « التنبيه » أنه إذا لم يكن فيها فضل . . يتعين القرض ولا يباع بعضها ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » كما قدمته[4] ، ولا يفهم ذلك من عبارة « المنهاج » ، وسكت « التنبيه » عما إذا لم يكن فيها فضل وتعذر القرض ، والحكم فيها : بيع بعضها بقدر الحاجة ، كما اقتضاه إطلاق الرافعي والنووي ، وهو موضع ضرورة لا بد منه ، وأبهم « التنبيه » البائع والمقترض ، وهو الحاكم ، كما ذكره « المنهاج » .

وقوله : **(وأنفق عليها)**[5] وقول « المنهاج » [ص ٣١٤] : **(ليمونها)** لا يفهم النفقة علىٰ

---

(١) التنبيه (ص ١٢٤) .
(٢) الروضة (٥/٢٤٦) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٢٦٩) .
(٤) الروضة (٥/٢٤٦) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) .

متعهدها ، وقد صرح في « الروضة » وأصلها بنفقة المتعهد لها[1] ، ولا بد منها ، وينبغي أن يحمل قول « التنبيه » [ص ١٢٥] : (**بيع ما فضل**) علىٰ قدر حاجة النفقة كما صرح به « المنهاج »[2] فقد يكون الفاضل عن حاجة المستأجر زائداً علىٰ حاجة النفقة ، فلا معنىٰ لبيع الزائد ، فيقيد كلام كل منهما بكلام الآخر .

واعلم : أن المسألة في أعم من أن تكون الجمال معينة أو في الذمة ، وعبارة « التنبيه » و« المنهاج » لا تنافي ذلك .

٢٨٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٥] : (**ويقبل قوله في النفقة بالمعروف**) هو معنىٰ قول النووي في « الروضة » من زيادته : قال أصحابنا : إنما يقبل إذا ادعىٰ نفقة مثله في العادة . انتهىٰ[3] .

فالمعروف هو المعتاد استدركه علىٰ إطلاق الرافعي تصحيح تصديق المنفق .

٢٨٩٩ـ قوله : (**وإن لم يكن حاكم فأنفق وأشهد. . رجع**)[4] لابد مع ذلك من شرط الرجوع ، وقد سبق في نظيره من المساقاة ، قال الإمام : ولو كان هناك حاكم وعَسُر إثبات الواقعة عنده. . فهو كما لو لم يكن حاكم ، وإذا أثبتنا الرجوع في النفقة بغير حاكم. . فالقول في قدرها قول الجمال ، وفيه احتمال للإمام[5] .

٢٩٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٥] : (**وإن هرب المكري والعقد علىٰ منفعة**) كذا في أكثر النسخ ، وفي بعضها : (**علىٰ منفعته**) ، وعلى الأول يحتاج أن يقدر معه : (وغيَّبَ ما تستوفىٰ منه المنفعة) فإن مجرد الهرب لا يثبت شيئاً ، واحترز بالمنفعة عما إذا قدر بالمدة ، وقد ذكره بعد ذلك ، قاله في « الكفاية » ، وفيه نظر .

وقيل : احترز عما إذا كانت علىٰ عين معينة .

ورد : بأنه أيضاً علىٰ منفعة تلك العين .

وقيل : عما إذا كانت علىٰ عمل .

ورد : بأنه منفعة أيضاً ، وقيل : المراد علىٰ منفعة له ، فهو بمعنىٰ قوله في النسخة الأخرىٰ : (**علىٰ منفعته**) .

٢٩٠١ـ قوله فيما إذا كانت الإجارة علىٰ عمل في الذمة : (**ولا تستقر الأجرة في هـٰذه الإجارة إلا**

---

(١) فتح العزيز (٦/١٧٤) ، الروضة (٥/٢٤٦) .
(٢) المنهاج (ص ٣١٤) .
(٣) الروضة (٥/٢٤٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٨/١٥٤) .

بالعمل)[1] ، **الأصح عند الرافعي والنووي** : خلافه[2] ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣١٤] : **(ومتىٰ قبض المكتري الدابة أو الدار وأمسكها حتىٰ مضت مدة الإجارة . . استقرت الأجرة وإن لم ينتفع ، وكذا لو اكترىٰ دابة لركوب إلىٰ موضع وقبضها ومضت مدة إمكان السير إليه ، وسواءٌ فيه إجارة العين والذمة إذا سلم الدابة الموصوفة)** انتهىٰ .

فسوىٰ بين إجارة العين والذمة سواء قدّرت بعمل أو زمان ، وعليه مشى « الحاوي » ، وقال ابن الرفعة : ويمكن حمل كلام « التنبيه » علىٰ ما إذا اعتمد العقد العمل ، وكلام غيره علىٰ ما إذا اعتمد الدابة[3] ؛ أي : والصورة فيهما ورود العقد على الذمة وتقديره بعمل ، فقال في الأول : ألزمت ذمتك حملي إلىٰ مكة علىٰ دابة صفتها كذا وكذا ، وقال في الثاني : استأجرت منك دابة صفتها كذا وكذا تحملني عليها إلىٰ مكة .

٢٩٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٤] : **(وتستقر في الإجارة الفاسدة أجرة المثل بما يستقر به المسمىٰ في الصحيحة)** هو مثل قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : **(فإن كانت الإجارة فاسدة . . استقرت أجرة المثل)** بعد قوله : **(إن الأجرة تستقر بتسليم العين سواء قدرت بمدة أو عمل)**[4] ويرد علىٰ إطلاقهما التخلية ؛ فإنها قبض للعقار في الصحيحة دون الفاسدة ، وكذا الوضع بين يديه يكفي في الصحيحة دون الفاسدة .

واعلم : أن عرض المؤجر وامتناع المستأجر من التسليم إلى انقضاء المدة والزمان تستقر به الأجرة في الصحيحة كالتسلم ، وقد يؤخذ هـٰذا من قول « التنبيه » [ص ١٢٤] : **(فسلم العين)** فإنه اعتبر التسليم الذي هو فعل المؤجر دون التسلم الذي هو فعل المستأجر ، ولا يفهم ذلك من « المنهاج » فإنه اعتبر القبض ، ولا يكتفىٰ بالعرض في الفاسدة ، ذكره صاحب « البيان »[5] .

٢٩٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٤] : **(ولو أجر عبده ثم أعتقه . . فالأصح : أنه لا تنفسخ الإجارة)** ، قد يتوهم أن الحكم كذلك فيما لو أجر أم ولده ثم عتقت بموته ، وهو الذي في « الروضة » وأصلها في (الوقف) عن المتولي في أثناء تعليل[6] ، لكن في « أصل الروضة » هنا :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٧٥) ، و« الروضة » (٥/ ٢٤٧) .

(٣) في حاشية (ج) : (قال في « هادي النبيه » تبعاً للنشائي : قلت : الرافعي صرح في القسمين بالاستقرر ، فلا يتأتى الحمل المذكور) .

(٤) التنبيه (ص ١٢٤) .

(٥) البيان (٧/ ٣٣٤) .

(٦) فتح العزيز (٦/ ٢٥٢) ، الروضة (٥/ ٣١٥) .

أنه على الخلاف فيما لو أجر البطن الأول الوقف ثم مات ، قال : وكذا الحكم في إجارة المعلق عتقه بصفة[1] .

قلت : مقتضىٰ هٰذا البناء : تصحيح انفساخ الإجارة ، وقد تخرج الصورتان بقول « المنهاج » [ص ٣١٤] : (**أعتقه**) فإنه لم ينشىء فيهما بعد الإجارة عتقاً .

٢٩٠٤ـ قوله : (**والأظهر : أنه لا يرجع علىٰ سيده بأجرة ما بعد العتق**)[2] لم يبين في « المحرر » هل الخلاف قولان أو وجهان[3] ؟ وتردد في ذلك في « الشرح الكبير »[4] ، ورجح في « الصغير » : أنه وجهان ، فتعبير « المنهاج » بالأظهر يخالفه .

٢٩٠٥ـ قول « التنبيه » في هٰذه الصورة [ص ١٢٥] : (**و يلزم المولىٰ للعبد أقل الأمرين من أجرته ونفقته**) قال في « الكفاية » : هٰذا الوجه علىٰ هٰذا النعت لم أره فيما وقفت عليه .

قلت : هو الأصح من زيادة « الروضة » تفريعاً على الضعيف ، فإنا إذا قلنا بالأظهر : أنه لا يرجع علىٰ سيده بأجرة ما بعد العتق . . **فالأصح** : أن نفقته في بيت المال ، **والثاني** : أنها علىٰ سيده ، قال في « الروضة » : فإن قلنا : إنها على السيد . . فوجهان :

أحدهما : تجب بالغة ما بلغت ، **وأصحهما** : تجب بأقل الأمرين من أجرة مثله وكفايته[5] .

فهٰذا فرع مترتب علىٰ عدم الرجوع عليه بالأجرة ، فهما مسألتان تكلم « المنهاج » في إحداهما ، وهي : الرجوع بالأجرة ، و« التنبيه » على الأخرىٰ ، وهي : المطالبة بالنفقة ، وشملهما معاً بالنفي قول « الحاوي » [ص ٣٨٥] : (**بلا خيار ورجوع**) وهٰذا الذي ذكرناه في نفي الأجرة إنما هو في إنشاء العتق ، فلو أقر بعتق سابق على الإجارة . . عتق ، ولا يقبل قوله في فسخها ، ويغرم للعبد أجرة مثله ، ذكره في « أصل الروضة » عن الشيخ أبي علي استطراداً قبيل الصداق في اختلاف الزوجين في النكاح[6] .

٢٩٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٤] : (**ويصح بيع المستأجرة للمكتري ، ولا تنفسخ الإجارة في الأصح**) الخلاف راجع إلى الانفساخ ، أما البيع : فصحيح قطعاً ، كما في « أصل الروضة »[7] ، وسبقه إليه القفال في « شرح الفروع » .

---

(١) الروضة (٥/٢٥٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣١٤) .
(٣) المحرر (ص ٢٣٥) .
(٤) فتح العزيز (٦/١٨٠) .
(٥) الروضة (٥/٢٥١) .
(٦) الروضة (٧/٢٤٤) .
(٧) الروضة (٥/٢٥٢) .

قال شيخنا ابن النقيب : وقوله في « الوسيط » : **فالظاهر** : الصحة ليس خلافاً في الصحة ، بل في انفساخ الإجارة ، وهو ظاهر من قوله بعده : وفي وجه تنفسخ الإجارة . انتهىٰ[1] .

ونازع في « المهمات » في دعوى القطع ، وقال : لم يذكره الرافعي ، وتمسك بعبارة « الوسيط » ، وقال : إنها تشعر إشعاراً ظاهراً بجريان الخلاف ، وصرح به محمد بن يحيىٰ في « المحيط » وأبو الخير بن جماعة المقدسي في « شرح المفتاح » .

٢٩٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٥] : (**وإن باع من غيره** .. **لم يصح في أحد القولين ، ويصح في الآخر**) **الأظهر** : الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » وهي مذكورة فيه في أوائل البيع ، قال هناك : (**وإن أوجر**)[2] ، ويستثنىٰ من جريان الخلاف مسائل :

إحداها : إذا هرب الجمَّال وترك الجمَال المستأجرة .. فإنه يباع منها بقدر الحاجة ؛ لينفق عليها من ثمنه كما تقدم ، قال الرافعي : ولا يُخَرَّج على الخلاف في بيع المستأجر ؛ لأنه محل ضرورة[3] .

الثانية : إذا كان البيع في ضمن عتق ، كما لو قال : أعتق عبدك عني علىٰ كذا ، فأعتقه عنه وهو مستأجر .. فإنه يصح قطعاً ؛ لقوة العتق ، حكاه الرافعي في أواخر (العتق) عن « فتاوى القفال » ، وارتضاه[4] .

الثالثة : قال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي أن يضاف إلىٰ ما استثنىٰ : ما إذا أذن لعبده في النكاح ، فنكح ثم التزم العبد عملاً في الذمة .. ففي « أصل الروضة » في نكاح العبد : أن المتولي قال : **المذهب** : جواز الالتزام ؛ لأنه دين في الذمة لا يمنع البيع . انتهىٰ[5] .

ويرد علىٰ إطلاق الصحة : أن محلها : ما إذا كانت الإجارة مقدرة بمدة ، فإن قدرت بعمل ؛ كما لو استأجر دابة لركوب إلىٰ بلد كذا .. فذكر أبو الفرج الزاز في « تعليقه » في هـٰذا المثال : أن البيع ممتنع قولاً واحداً ؛ لجهالة مدة المسير ، حكاه عنه شيخنا الإمام البلقيني ، ثم قال : وأكثر المصنفين اقتصروا علىٰ ما ذكر المصنف ، ويتفرع علىٰ بيع المستأجر قسمته ، فلو ملك نصف دار ، فأجره ، ثم تقاسم المؤجر والشريك .. قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف فيها علىٰ نقل صريح ، وفي « فتاوى القاضي حسين » ما يدل عليها ، والذي يظهر الصحة من غير رضا المستأجر إن قلنا :

---

(١) السراج علىٰ نكت المنهاج (٤/ ٢٧٢) ، وانظر الوسيط (٤/ ٢٠٦) .

(٢) الحاوي (ص ٢٦١) ، المنهاج (ص ٣١٤) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ١٧٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٠٤) .

(٥) الروضة (٧/ ٢٢٤) .

القسمة إفراز ، وينحصر حقه فيما أفرز ، وإن قلنا : بيع ـ وصححناه ، **وهو الأصح** ـ . لم ينحصر حق المستأجر فيما صار لآجره بالقسمة ، بل يبقى استحقاقه مشاعاً .

٢٩٠٨ـ قول « التنبيه » في المكتري يكري ما اكتراه قبل القبض [ص ١٢٤] : (**يجوز من المكري في أصح القولين**) مقتضىٰ كلام الرافعي : تصحيح المنع ؛ فإنه قال : فيه وجهان كالبيع من البائع[١] ، ومقتضى التشبيه البطلان ، وحكىٰ بعد هـٰذا عن البغوي أنه قال : فيه وجهان ، **الأصح** : الجواز إن جرىٰ بعد القبض[٢] ، فمفهومه تصحيح المنع قبله ، لكن خالفه النووي في الموضع الأول ، فقال من زيادته : **الأصح** : صحة إجارته للمؤجر[٣] ، ثم إن الرافعي والنووي في الموضعين نقلا الخلاف وجهين ، وحكاه الشيخ قولين .

٢٩٠٩ـ قوله : (**وإن أجرها من المستأجر . . جاز في أظهر القولين**)[٤] رجح الرافعي أن الخلاف وجهان[٥] .

٢٩١٠ـ قوله : (**وإن انقضت مدة الإجارة وفي الأرض زرع لم يكن بتفريط من المستأجر . . فقد قيل : يجوز إجباره علىٰ قلعه ، وقيل : لا يجوز**)[٦] **الأصح** : أنه لا يجوز ، ويلزمه أجرة المثل لما زاد ، ومحل هـٰذا : إذا استأجر للزراعة مطلقاً وجوزناه ، **وهو الأصح** ، فإن عُيّن ما لا يُستَحصد في تلك المدة . . صح إن شرط القلع بعد مضي المدة ، وكذا إن أطلق **في الأصح** ، **والأصح** : وجوب إبقائه بأجرة المثل ، وإن شرط الإبقاء . . فسد للتناقض .

٢٩١١ـ قوله : (**وإن مات الأجير في الحج عنه ، أو أحصر قبل الإحرام . . لم يستحق شيئاً من الأجرة ، وإن كان بعد الفراغ من الأركان . . استحق الأجرة ، وعليه دم لما بقي**)[٧] اعلم أولاً : أن صورة المسألة : أن يرد العقد علىٰ عينه ، فإن ورد علىٰ ذمته . . فالإجارة مستمرة في الأحوال كلها ، وقول صاحب « التوشيح » : (إن الكلام فيما إذا كانت في الذمة) غلط ، **والأصح** : فيما إذا مات بعد فراغ الأركان وقد بقي عليه شيء من الأعمال كالرمي والمبيت : أن الإجارة تنفسخ فيما بقي ، ويرد من الأجرة بقسط ذلك .

وقال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : إن كانت الإجارة على العين . . انفسخت فيما بقي ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/١٨٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/١٨٩ ، ١٩٠) .
(٣) انظر « الروضة » (٥/٢٥٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/١٨٩) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) .

ووجب رد قسطه من الأجرة ، ثم يستأجر المستأجر من يفعل عنه ، وإن كانت على الذمة . . لم ينفسخ ، بل يستأجر من تركته من يقوم بما التزمه ، فلا يستقيم حمل كلام الشيخ على الذمة ، ولا على العين .

قلت : قد عرفت أن صورة المسألة في إجارة العين ، وما ذكره الشيخ وجه ، لكن عبر عنه شيخنا في « تصحيحه » بالصواب[1] ، فاقتضىٰ إنكار هـٰذا الوجه ، وليس بمنكر ، فهو موجود مشهور .

٢٩١٢ـ قوله : (**وإن مات وقد بقي عليه بعض الأركان . . استحق من الأجرة بقدر ما عمل**)[2] ظاهره أن التوزيع على العمل فقط ، وهو قول صححه ابن يونس ، لكن الذي صححه الرافعي والنووي : أنه يوزع عليه وعلى السير[3] ، وقال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » : **الصواب** فيما إذا مات الأجير في أثناء الحج : أنه إن كانت الإجارة على العين . . انفسخت ، ولا شيء له . انتهىٰ[4] .

وهو مردود ؛ **فالصحيح** : أنه يستحق بالقسط ، والخلاف في ذلك ، والتصحيح في « الروضة » وغيرها[5] .

* * *

---

(١) تذكرة النبيه (٣/١٨٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٣/٣١٧) ، و« الروضة » (٣/٣١) .
(٤) تذكرة النبيه (٣/١٨٨) .
(٥) الروضة (٣/٣١) .

كتاب إحياء الموات

٢٩١٣ـ زاد « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**وتملك المباحات**) ولم يذكره « المنهاج » و« الحاوي » كأنهما رأيا أن ما ذكر من ذلك . . فهو علىٰ طريق التبع .

٢٩١٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**من جاز أن يملك الأموال . . جاز أن يملك الموات بالإحياء**) يدخل فيه الصبي والمجنون ، وبه صرح الماوردي[1] ؛ ولهـٰذا قال في « الكفاية » : أي : من مكلف وغيره ، وكلام القاضي أبي الطيب يفهم المنع في الصبي والمجنون ، واختار السبكي الجواز في المميز والمجنون الذي له إفاقة ، قال : لكني رأيت في نسخة من « التنبيه » بخط النووي : (**من جاز أن يتملك**) ، والصبي والمجنون يملكان ، ولا يتملكان . انتهىٰ .

وخرج بقيد الملك العبد ؛ فإنه لا يملك **على الجديد** ، فما أحياه لا يملكه ، وإنما يملكه سيده ، وأطلق « المنهاج » و« الحاوي » تملك المسلم[2] ، فدخل فيه الصبي والمجنون والعبد أيضاً ، وكأنهما لم يحتاجا إلىٰ إخراج العبد ؛ لما تقرر من عدم ملكه ، وعبر « التنبيه » بالموات[3] ، وعبر « المنهاج » بالأرض التي لم تعمر قط[4] ، وهما بمعنىٰ واحد ، لكن **الأظهر** في الأرض التي لم تعمر في الإسلام وكانت معمورة في الجاهلية : جواز تملكها بالإحياء ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[5] ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣١٦] : (**موات الإسلام وإن عُمر جاهلية**) فإن حكمه حكم الموات ، ويرد علىٰ إطلاق « التنبيه » الموات : موات عرفة ؛ فإنه لا يملك بالإحياء **في الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي » بعد ذلك[6] ، ومزدلفة ومنىٰ ، وقد ذكرهما « المنهاج » من زيادته[7] ، وسنتكلم عليهما بعد ذلك ، لكن إذا فسرنا الموات بتفسير الغزالي : أنه كل منفك عن الاختصاص[8] . . لم يتناول[9] المواضع المذكورة ، فلا ترد ، لكن الرافعي قال : إن اصطلاحهم يخالفه ؛ لأنهم لم يعتبروا في تفسيره إلا الانفكاك عن الملك

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٤٧٩/٧) .
(٢) الحاوي (ص ٣٨٩) ، المنهاج (ص ٣١٥) .
(٣) التنبيه (ص ١٢٩) .
(٤) المنهاج (ص ٣١٥) .
(٥) المنهاج (ص ٣١٥) .
(٦) الحاوي (ص ٣٨٩) ، المنهاج (ص ٣١٥) .
(٧) المنهاج (ص ٣١٦) .
(٨) انظر « الوجيز » (٤٢٠/١) .
(٩) في (ب) : (لم يتناول) .

والعمارة[1] ، وأورد على « التنبيه » في تعبيره بالجواز ما يحجره غيره قبل تركه له وقبل مدة يسقط فيها حقه ؛ فإنه لا يحل له تملكه وإن كان لو فعل ملك ، وهـٰذا يرد علىٰ قول « المنهاج » أيضاً [ص ٣١٥] : (**للمسلم تملكها**) فليحمل كلامهما على الصحة ، وقد ذكر « المنهاج » المسألة بعد ذلك ، ولا يرد ذلك على « الحاوي » لتصريحه بالمسألة هنا فقال : (**أو أُعلم ، أو أُقطع . . يملكه المسلم**)[2] .

لكن أورد علىٰ عبارته : أنها تفهم أنه إذا اجتمع الإقطاع والتحجير . . امتنع تملك الغير بالإحياء ، وهو وجه ضعيف ، **والأصح** : أن التحجر لا يمنع مطلقاً سواء انضم إليه إقطاع أم لا ، وإنما تثبت الأحقية .

وأورد على « التنبيه » و« المنهاج » أيضاً : أن عبارتهما تفهم الجواز فقط مع أنه مستحب .

٢٩١٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**ولا يجوز للكافر أن يتملك بالإحياء في دار الإسلام**) أعم من تعبير « المنهاج » بالذمي[3] ، وعذره : أن امتناع ذلك في حق المعاهد والحربي من طريق الأولىٰ ، وكذا عبر « الحاوي » بـ (الكافر)[4] ، وظاهر كلام « التنبيه » أن للمسلم إحياء موات الكفار مطلقاً ، وكذا أطلقه جماعة ، والخلاف الذي حكاه بعد هـٰذا إنما هو فيما جرىٰ عليه أثر ملك ، ولم يقيده بمسلم ولا كافر ، لكن شرط إحياء المسلم لشيء من دار الكفر : أن يكون مما لا يذبُّون المسلمين عنه ؛ ولذلك قال « المنهاج » في موات الكفار [ص ٣١٥] : (**وكذا المسلم إن كانت مما لا يذبون المسلمين عنها**) و« الحاوي » [ص ٣٨٩] : (**والمسلم إن لم يُرع بالتحويط**) فدل علىٰ أن ما ذبّونا عنه ليس لنا إحياؤه ، وصرح به في « المحرر »[5] ، وأورد على « المنهاج » : أنه لا يكفي في الاختصار الاقتصار على المفهوم ، وفيه نظر ، ثم اعتذر عنه : بأن عبارة « المحرر » تتناول دار الحرب وأرضاً صولحوا علىٰ أنها لهم ، وأرض الهدنة ، وينبغي اختصاص المنع بالقسمين الأخيرين ؛ فإن معمور دار الحرب يملك بالاستيلاء ، ومواتها يصير بالاستيلاء كالمتحجر ، فكيف لا يملك بالإحياء ؟ ولذلك قال السبكي : الذي ينبغي تصحيحه أنه يملك به في دار الحرب ، كما قاله القاضي أبو الطيب وغيره ، ولا يرد ذلك علىٰ مفهوم « المنهاج » بناء علىٰ أن المفهوم لا عموم له ، فيحمل على الصلح[6] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢١١) .
(٢) الحاوي (ص ٣٨٩) .
(٣) المنهاج (ص ٣١٥) .
(٤) الحاوي (ص ٣٨٩) .
(٥) المحرر (ص ٢٣٦) .
(٦) في حاشية (ج) : (أي : أن صورة المسألة في أرض صولحوا علىٰ أنها لهم) .

٢٩١٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**وما جرىٰ عليه أثر ملك ؛ فإن كان في دار الإسلام.. لم يملك بالإحياء**) ليس المعتبر في منع الإحياء كونه في دار الإسلام ، بل كون العمارة التي كانت فيه إسلامية ، فلو كانت عمارته جاهلية.. جاز تملكه بالإحياء ولو كان في دار الإسلام ؛ ولهٰذا عبر « المنهاج » بقوله [ص ٣١٥] : (**فإن لم يُعرف** ـ أي : مالكه ـ **والعمارة إسلاميةٌ.. فمالٌ ضائعٌ**) ، و« الحاوي » بقوله [ص ٣٨٩] : (**موات الإسلام وإن عُمر جاهلية**) ولهٰذا قيد بعضهم كلام « التنبيه » بقوله : وكان خرابه بعد الإسلام .

٢٩١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٩] : (**وإن كان في دار الشرك.. فقد قيل : يملك بالإحياء ، وقيل : لا يملك**) **الأصح** : الأول ، وليست هٰذه المسألة هي المتقدمة عن « المنهاج » و« الحاوي »[1] لأن تلك في الموات ، وهٰذه فيما جرىٰ عليه أثر ملك قبل ذلك ، وحكى الرافعي والنووي هٰذا الخلاف فيما كان معموراً قبل ذلك سواء أكان في دار الإسلام أو الشرك ، فشرطا كون عمارته جاهلية ، ورجحا أن الخلاف في ذلك قولان[2] ، وعلىٰ هٰذا مشى « المنهاج » فقال فيما كان معموراً [ص ٣١٥] : (**وإن كانت** ـ أي : العمارة ـ **جاهلية.. فالأظهر : أنه يُمْلَكُ بالإحياء**) ، وصرح « الحاوي » في موات الإسلام بالتعميم بقوله [ص ٣٨٩] : (**وإن عمر جاهلية**) وسكت عن ذلك في موات الكفر ؛ كأنه اكتفاء بما قدمه في موات الإسلام .

٢٩١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٠] : (**ولا يُملك بالإحياء حريم معمور**) قد يفهم أن الحريم غير مملوك للمحيي ، وهو وجه ، **الأصح** : خلافه ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ١٣٠] : (**ويملك ما يحتاج إليه من حريمه ومرافقه**) لكن قال أبو عاصم : لا يباع الحريم وحده ، وبناه ابن الرفعة علىٰ منع بيع ما يُنْقِصُ غيره ، فإن جوزناه.. فيظهر الجواز هنا .

قال السبكي : وهو محتمل إلا أن يكون مأخذ أبي عاصم أن التابع لا يفرد ، أو يقول : بأنه غير مملوك ، وعبر « المنهاج » و« الحاوي » في أمثلة الحريم بـ (النادي)[3] ، وعبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (مجتمع النادي)[4] ، وهو لفظ مشترك يطلق على المجلس الذي يجتمعون فيه يندون ؛ أي : يتحدثون ، وعلىٰ أهله المجتمعين .

٢٩١٩ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٠] : (**والمرتكض**) أعم من قول « المنهاج » [ص ٣١٥] :

---

(١) الحاوي (ص ٣٩٠) ، المنهاج (ص ٣١٥) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢١٠) ، و« الروضة » (٥/٢٧٩) .

(٣) الحاوي (ص ٣٩٠) ، المنهاج (ص ٣١٥) .

(٤) المحرر (ص ٢٣٦) ، فتح العزيز (٦/٢١٣) ، الروضة (٥/٢٨٢) .

(**ومرتكض الخيل**) والمراد به : مكان سوق الخيل ، وقيد الإمام ذلك بما إذا كانوا خيالة[1] ، وزاد « المنهاج » في الأمثلة [ص ٣١٥] : (**مطرح الرماد**) ثم قال : (**ونحوها**) ، وأراد بذلك : ملعب الصبيان ، وطرق القرية ، ومسيل الماء ، ومراح الغنم ، وعَد منه البغوي : المرعىٰ[2] ، واختاره السبكي ، وفصّل الإمام ، فقال : إن بعد . . لم يكن حريماً ، وكذا إن قرب ولم يستقل مرعىً ، بل كان يُرعىٰ فيه عند خوف البعد في **الأصح** عنده[3] ، وأما المستقل القريب . . فقال الرافعي : ينبغي القطع بأنه حريم[4] .

٢٩٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٥] : (**وحريم البئر في الموات**) لو قال كـ« المحرر » : (المحفورة في الموات)[5] . . لكان أحسن ؛ فإن هـٰذا الوصف ، وهو قوله : (**في الموات**) لم يذكر متعلقه ، وإن جعل قوله : (**في**) حالاً من البئر . . فقد عُلم أن شرط مجيء الحال من المضاف إليه : أن يكون المضاف جزء المضاف أو كجزئه ، وهنا ليس كذلك ، إلا أن يقال : حريمها كجزئها ، كما قيل في قوله تعالىٰ : ﴿مِلَّةَ إِبْرَٰهِيمَ حَنِيفًا﴾ .

ولم يذكر « الحاوي » من حريم البئر سوىٰ : (**موضع الدولاب ومتردّد البهيمة**)[6] ، وزاد «المنهاج» [ص ٣١٥] : (**موقف النازح ، والحوض ، ومجتمع الماء**) ، وأراد بمجتمع الماء : المكان الذي ينصب فيه ماء البئر ويجتمع فيه، ثم يذهب إلى الحوض، وإلا . . كان في عبارته تكرير .

وأهمل من ذلك : ما لو حفر بئراً في الموات بحيث ينقص بها ماء الأولىٰ . . **فالأصح** : منعه من ذلك ؛ فهو من الحريم أيضاً ، ولم يذكره « المنهاج » و« الحاوي » إلا في بئر القناة[7] ، ثم ما عُد حريماً . . فمحله : ما إذا انتهى الموات إليه ، فإن كان ثم ملك قبل تمام الحريم . . فالحريم إلى انتهاء الموات .

٢٩٢١ـ قول « المنهاج » في حريم الدار [ص ٣١٥] : (**وممر في صوب الباب**) قد يفهم امتداده طويلاً قبالة الباب ، وليس كذلك ، بل يجوز لغيره إحياء ما قبالته إذا أبقىٰ له ممراً ، وإن احتاج إلى انعطاف وازورار ؛ ولذلك أطلق « الحاوي » الممر[8] ، ففهم منه أن المراد : قدر موضع المرور ،

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٣٥) .
(٢) انظر « التهذيب » (٤/ ٤٩٠) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٣٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢١٣) .
(٥) المحرر (ص ٢٣٦) .
(٦) الحاوي (ص ٣٩٠) .
(٧) الحاوي (ص ٣٩٠) ، المنهاج (ص ٣١٥) .
(٨) الحاوي (ص ٣٩٠) .

وزاد « الحاوي » في حريم الدار [ص ٣٩٠] : (**مصب الميزاب**) ، وتبع فيه الغزالي[١] ؛ ولعل محله : حيث تكثر الأمطار .

٢٩٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٦] : (**ويجوز إحياء موات الحرم دون عرفات في الأصح**) قد يفهم أن عرفات مستثناة من الحرم ، وأن الخلاف فيهما ، وليس كذلك ؛ فعرفات من الحل قطعاً ، والخلاف مختص بها ، فلو قال : (ولا يجوز في عرفات في الأصح) . . لكان أحسن ، وليس المراد بلفظة (دون) إخراج ما دخل فيما قبله ، بل التنبيه علىٰ مخالفة حكم عرفات للحرم مع مشابهتهما في الفضيلة .

٢٩٢٣ـ قوله من زيادته : (**ومزدلفة ومنىٰ كعرفة**)[٢] ذكره جزماً ، وكذا في « تصحيح التنبيه »[٣] ، لكن إنما ذكره في « الروضة » بحثاً ، فقال : وينبغي أن يكون الحكم في أرض منىٰ ومزدلفة كعرفات ؛ لوجود المعنىٰ[٤] ، وتوقف فيه ابن الرفعة ؛ لضيقه بالنسبة لعرفات ، فلا يسع الناس إذا بنىٰ فيه ، فإن صح هـٰذا . . استثني هـٰذا جزماً من جواز إحياء الحرم ، وعلىٰ قول النووي فاستثناؤه على الأصح .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يخرج من كلامٍ حُكي عن الشافعي ما يدل علىٰ جواز البناء بمنىٰ ؛ حيث قال : ولكن قد بَنَيْتُ بمنىً مضرباً يكونُ لأصحابنا إذا حجوا ينزلون فيه ، حكاه الحاكم والبيهقي كلاهما في « مناقب الشافعي » رضي الله عنه[٥] .

قال في « المهمات » : **والمتجه** : المنع من البناء بالمزدلفة ، ولو قلنا بما رجحه الرافعي من استحباب المبيت بها ؛ لكونه مطلوباً ، وحينئذ . . فينبغي أن يكون المحصب كذلك ؛ لأنه يستحب للحجيج إذا نفروا أن يبيتوا فيه .

قلت : لكنه مع استحبابه ليس من مناسك الحج ، بخلاف المبيت بمزدلفة . واعلم : أن «المنهاج» عبر تبعاً للغزالي بأنه لا يجوز الإحياء في عرفة[٦] ، وعبر « الحاوي » تبعاً للرافعي بنفي الملك[٧] ، وبينهما تناف ؛ فإنه لا يلزم من عدم الجواز عدم الملك ؛ بدليل أن إحياء ما تحجره غيره أو أقطعه الإمام لا يجوز إحياؤه ، ولو فعل . . ملك ، نبه عليه في «المهمات» بالنسبة لكلام الغزالي والرافعي .

---

(١) انظر « الوجيز » (١/٤٢١) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣١٦) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/٣٩٤) .
(٤) الروضة (٥/٢٨٦) .
(٥) مناقب الشافعي للبيهقي (٢/٢٢٤) .
(٦) انظر « الوجيز » (١/٤٢١) .
(٧) الحاوي (ص ٣٩٠) ، وانظر « فتح العزيز » (٦/٢١٦) .

قلت : ويدل عليه أن ابن الرفعة في « الكفاية » ذكر أن منشأ الخلاف أن استحقاق الوقوف بها هل ينزل منزلة التحجر أم لا ؟ .

٢٩٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٦] : (**فإن أراد مسكناً . . اشترط تحويط البقعة**) قد يفهم الاكتفاء بالتحويط من غير بناء ، وكذا عبر « الحاوي » بـ (**التحويط**)[١] ، لكن عبر « التنبيه » : بـ (**البناء**)[٢] ، وصرح به الرافعي في الزريبة ، فقال فيها : يشترط التحويط ، ولا يكفي نصب سَعَفٍ وأحجار من غير بناء[٣] ، وإذا كان ذلك في الزريبة . . ففي المسكن أولىٰ .

قال السبكي : وقد يقال : إن التحويط بألواح الخشب علىٰ هيئة مخصوصة يسمىٰ بناء ، والرجوع فيه إلى العرف . انتهىٰ .

فليحمل كلام « المنهاج » و« الحاوي » علىٰ أنهما أرادا : التحويط بالبناء ، وأما تعبير « التنبيه » بالبناء . . فإنه لا بد فيه من التحويط ، فلا يكفي مطلق البناء ، فليقيد كل من الكلامين بالآخر .

٢٩٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**ويسقف**) قد يفهم سقف جميعها ، وليس كذلك ، فسقف البعض كافٍ ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، ولم يذكر « التنبيه » نصب باب على الدار ، وهو وجه ، **والأصح** : اعتباره ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي » مع ذكر « التنبيه » له في الحظيرة[٥] ، والمنقول : التسوية بينهما نفياً وإثباتاً ، وإن كان قد يتخيل أن الحظيرة لا بد لها من باب لإحراز الدواب ومنعها من الخروج بخلاف الدار ؛ فسكانها يحرزون أنفسهم ، لكن لم يقل ذلك أحد فيما علمت .

٢٩٢٦ـ قولهم في الزريبة : (**إنها بالتحويط**)[٦] محمول على التحويط بالبناء كما تقدم في الدار ، لكنه دون تحويط السكن ، كما نبه عليه الإمام[٧] ، وعبر « التنبيه » بـ (الحظيرة)[٨] ، فقال بعضهم : إنها بمعنى الزريبة المذكورة في « المنهاج » و« الحاوي » ، وقال بعضهم : الزريبة للدواب ، والحظيرة للحطب والحشيش وتجفيف الثمار ، وقال بعضهم : الحظيرة أعم ، فتكون لذلك وللدواب ، وحينئذ . . فتعبير « التنبيه » أحسن ؛ لعمومه .

---

(١) الحاوي (ص ٣٨٩) .
(٢) التنبيه (ص ١٣٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٤٤) .
(٤) الحاوي (ص ٣٨٩) ، المنهاج (ص ٣١٦) .
(٥) التنبيه (ص ١٣٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٩) ، و« المنهاج » (ص ٣١٦) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٨/٢٩٢ ، ٢٩٣) .
(٨) التنبيه (ص ١٣٠) .

٢٩٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (وإن كانت مزرعة ؛ بأن يصلح ترابها ويسوق الماء إليها) فيه أمور :

أحدها : لا يتوقف إحياء المزرعة علىٰ سوق الماء إليها ، فترتيبه كاف ، وقد عبر بذلك « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] ، وذلك بأن يشق ساقية من نهر أو حفر بئر أو قناة ، فإذا حفر طريقه ولم يبق إلا إجراؤه. . كفىٰ وإن لم يجر ، وإن هيأه ولم يحفر طريقه. . فوجهان لا ترجيح فيهما في « الروضة » وأصلها[(٢)] ، ورجح في « الشرح الصغير » : الاكتفاء به .

ثانيها : محل ترتيب الماء : ما إذا لم يكفها المطر ، كما صرح به « المنهاج »[(٣)] ، وهو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٣٩٠] : **(وترتيب ماء احتيج)**

ثالثها : يشترط أيضاً : جمع التراب حولها ؛ لتنفصل عن غيرها ، وقد ذكره « المنهاج »[(٤)] ، وفي معناه : نصب قصب أو أحجار أو شوك ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٣٩٠] : **(وبجمع نحو التراب حول المزرعة)** وتبع « التنبيه » الشيخ أبا حامد ؛ فإنه لم يشترط ذلك ، وأهمل « الحاوي » إصلاح ترابها ، وهو الذي عبر عنه « المنهاج » [ص ٣١٦] : بـ(تسوية الأرض) ، والمراد به : طم المنخفض وكسح العالي وحراثتها وتليين ترابها .

٢٩٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (ويزرع في ظاهر المذهب ، وقيل : يملك وإن لم يزرع) الثاني **هو الأصح** ؛ ولذلك لم يذكره « الحاوي » ، وقال « المنهاج » [ص ٣١٦] : **(لا الزراعة في الأصح)** .

٢٩٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٦] : (أو بستاناً . . فجمع التراب والتحويط حيث جرت العادة به وتهيئة ماءٍ) زاد « الحاوي » تبعاً للغزالي : نصب الباب ؛ فإنه قال : **(بالتحويط ، وتعليق باب الزريبة ، مع غرس الباغ)**[(٥)] ، ولم يذكر ذلك في « الروضة » لعدم تصريح الرافعي به في مظنته[(٦)] ، ولم يذكر جمع التراب ؛ اكتفاء عنه بالتحويط ، وأطلق التحويط ، فلم يقيده بحالة جريان العادة به ، ومن المعلوم أنه لا يحتاج مع التحويط إلىٰ جمع التراب ، فكان ينبغي لـ« المنهاج » أن يقيد جمع التراب بحالة عدم التحويط ، ولم يذكر « الحاوي » تهيئة ماء ، ولا بد منه .

٢٩٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (وإن كانت بئراً أو عيناً . . بأن يحفرها حتىٰ يصل إلى الماء)

---

(١) الحاوي (ص ٣٩٠) ، المنهاج (ص ٣١٦) .
(٢) فتح العزيز (٦/٢٤٥) ، الروضة (٥/٢٩٠) .
(٣) المنهاج (ص ٣١٦) .
(٤) المنهاج (ص ٣١٦) .
(٥) الحاوي (ص ٣٨٩) ، وانظر « الوجيز » (١/٤٢٣) .
(٦) الروضة (٥/٢٩٠) .

لا يكفي ذلك في الأرض الرخوة ، بل لا بد معه من طيّها .

٢٩٣١ـ قوله : (**وإن تحجر شيئاً من الموات ؛ بأن شرع في إحيائه ولم يتمم . . فهو أحق به**)[١] محله : ما إذا كان قدر حاجته ويقدر علىٰ عمارته ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، فإن زاد علىٰ ذلك . . قال المتولي : لغيره إحياء الزائد ، وقال غيره : لا يصح تحجره أصلاً ؛ لأن ذلك القدر غير متعين ، قال النووي : قول المتولي أقوىٰ[٣] .

٢٩٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**وإن نقله إلىٰ غيره . . صار الثاني أحق به**) ليس هٰذا النقل بيعاً ؛ فقد قال بعد ذلك : (**وإن باع . . لم يصح بيعه**)[٤] ، وكذا صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٥] ، وهو مفهوم من لفظ الأحقية ، ولا هبة كما صرح به الماوردي ، وهو واضح ، قال : وإنما هو تولية وإيثار[٦] ، وقول « المنهاج » ـ بعد ذكره أن المتحجر أحق به ـ [ص ٣١٦] : (**لكن الأصح : أنه لا يصح بيعه**) تبع فيه « المحرر »[٧] ، ولا معنىٰ لهٰذا الاستدراك ؛ فإن عدم البيع مناسب لعدم الملك المفهوم من لفظ الأحقية .

٢٩٣٣ـ قولهما : (**فإن استمهل . . أُمهل مدة قريبة**)[٨] ظاهره : أنه لا فرق بين أن يكون بعذر أو بغير عذر ، وبه صرح الروياني ، لكن عبارة « أصل الروضة » : فإن ذكر عذراً واستمهل . . أمهل مدة قريبة[٩] ، ومقتضاها : أنه لا يمهل إذا لم يكن عذر ، وقال الماوردي : إن المعذور يترك ولا يعترض عليه[١٠] ، وقال السبكي : ينبغي إذا عرف الإمام أنه لا عذر له في المدة . . انتزعها منه في الحال ، وكذا إذا لم تطل المدة وعلم منه الإعراض .

٢٩٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**فإن لم يحيي** ـ أي : في المدة المقدرة له بعد الاستمهال ـ . . **جاز لغيره أن يحييه**) مفهومه : أنه لا يجوز لغيره إحياؤه بدون ذلك ، وهو كذلك ، لكنه لو فعل . . ملك ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣١٦] : (**وأنه لو أحياه آخر . . ملكه**)

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) .
(٢) الحاوي (ص ٣٩١) ، المنهاج (ص ٣١٦) .
(٣) انظر « الروضة » (٥/٢٩٢) .
(٤) التنبيه (ص ١٣٠) .
(٥) الحاوي (ص ٣٩١) ، المنهاج (ص ٣١٦) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٤٨٩) .
(٧) المحرر (ص ٢٣٧) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) ، و« المنهاج » (ص ٣١٦) .
(٩) الروضة (٥/٢٨٧) .
(١٠) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٤٩٠) .

و« الحاوي » كما تقدم[1] ، فالجواز هنا في كلام « التنبيه » علىٰ بابه غير محمول على الصحة ، بخلاف ما تقدم أول الباب .

٢٩٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**وإن أقطع الإمام مواتاً . . صار المقطع كالمتحجر**) يعود فيه ما سبق من أنه لا يقطعه إلا ما يقدر علىٰ عمارته ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٢٩٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٦] : (**والأظهر : أن للإمام أن يحمي بقعة مواتٍ لرعي نَعَمِ جزيةٍ** . . . إلىٰ آخره) شرطه : ألاَّ يضر ذلك بالمسلمين ، كما صرح به « التنبيه »[3] ؛ أي : لكونه قليلاً من كثير بحيث يكفي المسلمين ما بقي ، ويرد ذلك على « الحاوي » أيضاً ، ويزداد : بأنه لم يصرح بأن ذلك في الموات ، لكنه مفهوم من ذكره في بابه ، ويرد علىٰ تعبير الثلاثة بـ (الإمام) أن **الأصح** : أن ذلك لولاة النواحي أيضاً ، وادعىٰ بعضهم : أن ولاة النواحي يدخلون في اسم الإمام ، فلا إيراد ، علىٰ أن ظاهر النص أنه ليس لولاة النواحي ذلك ، واختاره الماوردي والسبكي .

٢٩٣٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩١] : (**وينقض**) أي : الإمام حماه ، يقتضي نقضه مع بقاء الحاجة ، وفي « المنهاج » [ص ٣١٦] : (**وأن له نقض ما حماه للحاجة**) ، وقوله : (**للحاجة**) متعلق بـ (**نقض**) لا بـ (**حماه**) ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٣١] : (**فإن زالت الحاجة . . جاز أن يعاد إلىٰ ما كان**) ، ومقتضاها : أن يقول « المنهاج » : (لزوال الحاجة) .

وقال شيخنا ابن النقيب : قد يقال : عبارة « المنهاج » أحسن ؛ فإن زوال الحاجة إنما يكون بزوال نَعَم الجزية والصدقة ونحوها ، قال القاضي أبو الطيب : ولن يكون ذلك أبداً إن شاء الله ، فنبه علىٰ أن كلام الفقهاء إنما هو علىٰ فرض مجرد لا يكون إن شاء الله ؛ فإن عدم ذلك من دار الإسلام مستحيل عادة ، فإن اتفق في قطر . . وُجد في غيره ، ويد الإمام لا تقصر عنه . . فيرجىٰ عوده إليه[4] .

قلت : **الحق** : أنه لا تفاوت بين العبارتين ، فالمراد بالحاجة في كلام « التنبيه » : التي اقتضت الحمىٰ ، وفي كلام « المنهاج » : التي اقتضت عدمه ، ولا يرد ما حكي عن القاضي أبي الطيب ؛ فإنه قد يزول الاحتياج إلىٰ حمىٰ بقعة مخصوصة للاستغناء عنها بأخرىٰ ، وقد يزول الاحتياج للحمىٰ مطلقاً للاستغناء عنه بالمزارع المملوكة الداخلة في أموال بيت المال ، فما انحصر زوال الحاجة في زوال نَعَم الجزية ونحوها ، والله أعلم .

---

(١) الحاوي (ص ٣٨٩) .

(٢) الحاوي (ص ٣٩١) ، المنهاج (ص ٣١٦) .

(٣) التنبيه (ص ١٣١) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٢٩١ ، ٢٩٢) .

وعبارة « المنهاج » تقتضي اختصاص النقض بالحامي ، وهو قول ، **والأظهر** : أن لغيره نقضه أيضاً بالشرط المذكور ، وكذا عبارة « الحاوي » إن قرأت قوله : (**يَنقض**) بفتح أوله ؛ أي : الإمام كما ذكرته ، وقد يراد : جنس الإمام ، لا عين ذلك الإمام ، **والأولىٰ** : أن يقرأ بضم أوله مبنياً للمفعول ، وعبارة « التنبيه » في هـٰذا حسنة لا يرد عليها هـٰذا .

٢٩٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣١] : (**وقيل : ما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجوز تغييره بحال**) ضعفه مع أنه **الأصح** ، بل **الأصح** : القطع به ، وأن الخلاف في غيره ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٩١] : (**لا النقيع حمى الرسول عليه الصلاة والسلام**) .

فصل

[في بيان حكم منفعة الشارع وغيرها من المنافع المشتركة]

٢٩٣٩ـ قولهم والعبارة لـ« المنهاج » : (**ويجوز الجلوس به** ـ أي : بالشارع **لاستراحةٍ ومعاملةٍ ونحوهما إذا لم يُضيِّق على المارة**)[1] يتناول الذمي ، وفي ثبوت هـٰذا الارتفاق له وجهان بلا ترجيح في كلام الرافعي والنووي وابن الرفعة[2] ، **ورجح** السبكي منهما : الثبوت وإن لم يؤذن له كما هو مقتضىٰ إطلاقهم .

٢٩٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٧] : (**تظليل مقعده بباريَّةٍ وغيرها**)[3] محله : ما إذا كان المظلل به مما ينقل معه ، فإن كان مثبتاً ببناء . . لم يجز ؛ كبناء دكة .

٢٩٤١ـ قول « التنبيه » في الشوارع [ص ١٣٠] : (**لا يجوز فيها البناء ولا البيع ولا الشراء**) أي : لا تباع من بيت المال ولا تشترىٰ ، أما تعاطي البيع والشراء فيها . . فهو داخل في الجلوس للمعاملة كما تقدم .

٢٩٤٢ـ قوله : (**وإن قام ونقل عنه قماشه . . كان لغيره أن يقعد فيه**)[4] محله : فيما إذا قام عنه تاركاً للحرفة أو منتقلاً إلىٰ غيره ، فإن فارقه ليعود . . لم يبطل ، إلا أن تطول مفارقته بحيث ينقطع معاملوه عنه ويألفون غيره ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، ويحتمل أن مراد « التنبيه » : أن لغيره القعود فيه مدة غيبته خاصة ، **والأصح** : جوازه ولو لمعامله .

٢٩٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**وإن طال مقامه وهناك غيره . . أقرع بينهما ، وقيل : يقدم**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٩١) ، و« المنهاج » (ص ٣١٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٢٣) ، و« الروضة » (٥/٢٩٤ ، ٢٩٥) .

(٣) **الباريَّة** : الحصيرة . انظر « لسان العرب » (٤/٨٧) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) .

(٥) الحاوي (ص ٣٩١) ، المنهاج (ص ٣١٧) .

الإمام أحدهما) الأصح : وجه ثالث ، وهو : أنه لا يُزعج ، بل يدوم اختصاصه .

٢٩٤٤ـ قوله : (**وإن أقطع الإمام شيئاً من ذلك . . صار المقطع أحق بالارتفاق به ، فإن قام ونقل عنه قماشه . . لم يكن لغيره أن يقعد فيه**)[١] أقره في « التصحيح »[٢] ، وحكاه في « الكفاية » عن الجمهور ، ومال إليه السبكي ، لكن **صحح** في « أصل الروضة » : أن المقطع كغيره[٣] ، وهو ظاهر إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » حيث لم يفرقا بين مقطع وغيره[٤] .

فصل

[في حدِّ المعدن الظاهر]

٢٩٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٧] : (**إن المعدن الظاهر : ما خرج بلا علاج**) يقتضي أنه نفس الجواهر ، لكن **المشهور** : أنه البقعة التي أودعها الله تعالىٰ شيئاً من الجواهر المطلوبة الظاهرة أو الباطنة ، وهو مقتضىٰ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**ومن سبق إلىٰ معدن ظاهر يتوصل إلىٰ ما فيه بغير عمل**) .

٢٩٤٦ـ قولهما في أمثلة المعدن الظاهر : (**والمومياء**)[٥] هو ـ بضم الميم الأولىٰ ممدود ـ : شيء يلقيه الماء في بعض السواحل ، فيجمد ويصير كالقار ، ويقال أيضاً : إنها حجارة سود باليمن ، وأما المومياء التي من الموتىٰ . . فنجسة .

٢٩٤٧ـ قول « التنبيه » في أمثلته أيضاً [ص ٣١٣] : (**والياقوت**) مخالف للمجزوم به في « الروضة » وأصلها أن الياقوت من المعادن الباطنة[٦] .

٢٩٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٧] : (**إنه لا يُملك بإحياء**) وهو مفهوم « الحاوي »[٧] ، محله : إذا كان معلوماً ، فإن لم يعلم به إلا بعد الإحياء . . ففي « المطلب » عن الإمام : أنه يملكه بالإجماع[٨] ، وأنه أصح الوجهين في « التهذيب » للبغوي[٩] ؛ ويدل عليه قول « التنبيه » قبل ذلك

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٣٩٧) .
(٣) الروضة (٥/ ٢٨٨) .
(٤) الحاوي (ص ٣٩١ ، ٣٩٢) ، المنهاج (ص ٣١٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣١) ، و« المنهاج » (ص ٣١٧) .
(٦) فتح العزيز (٦/ ٢٣٠) ، الروضة (٥/ ٣٠٢) .
(٧) الحاوي (ص ٣٩١) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٢٢) .
(٩) التهذيب (٤/ ٤٩٦) .

[ص ١٣١] : (**فيملك المحيا وما فيه من المعادن**) قال في « الكفاية » : أي : التي تظهر بعد الإصابة باطنة كانت أو ظاهرة ، وحكاه عن الماوردي[1] .

٢٩٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٧] : (**ولا يثبت فيه اختصاص بتحجرٍ ولا إقطاعٍ**) قال في « التنبيه » [ص ١٣١] : (**فإن كان من ذلك ما يلزم عليه مؤنة ؛ بأن يكون بقرب الساحل موضع إذا حصل فيه الماء حصل منه ملح . . جاز أن يُملك بالإحياء ، وجاز للإمام إقطاعه**) .

٢٩٥٠ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٢] : (**وفي معدن ظاهر إلىٰ قضاء وطَرِه**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : تمكينه من أخذ ما شاء ، وهو وجه ، **والأصح** : أنه لا يقدم إلا بقدر حاجته ، وقد نبه في « التذنيب » علىٰ هـٰذا في عبارة « الوجيز » فإنها كـ « الحاوي »[2] ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣١٨] : (**فإن ضاق نيله . . قُدِّم السابق بقدر حاجته ، فإن طلب زيادة . . فالأصح : إزعاجه**) قال الرافعي : لم يبينوا أنها حاجة يوم أو سنة ، قال الإمام : يرجع فيه إلى العادة ، فيأخذ ما تقتضيه عادة أمثاله[3] .

قال ابن الرفعة : أي : ما دام فيه ، فإذا انصرف . . فغيره ممن سبق أولىٰ .

ثانيهما : أن المعدن الباطن كذلك إذا قلنا بالأظهر : أنه لا يُملك بالعمل كما سيأتي ، وحينئذ . . فلا معنىٰ للتقييد بالظاهر .

٢٩٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**وإن سبق اثنان إلىٰ ذلك وضاق عنهما ؛ فإن كانا يأخذان للتجارة . . قسم بينهما ، وإن كانا يأخذان القليل للاستعمال . . فقد قيل : يقرع بينهما ، وقيل : يقسم بينهما ، وقيل : يقدم الإمام أحدهما**) هـٰذه طريقة العراقيين ؛ أعني : تخصيص الخلاف بمن يأخذ للحاجة ، والقطع في التاجرين بالقسمة ، **وقياسها** : أنه لو اجتمع محتاج وتاجر . . قدم المحتاج ، **والأشهر** كما قال الرافعي والنووي : طرد الأوجه سواء كانا يأخذان للتجارة أو للحاجة ، **والأصح مطلقاً** : أنه يقرع بينهما[4] ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] .

٢٩٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٠] و« المنهاج » في أمثلة المعدن الباطن [ص ٣١٨] : (**وذهب**) يستثنىٰ منه : ما لو أظهر السيل قطعة منه . . فإنها تلتحق بالظاهر .

٢٩٥٣ـ قول « التنبيه » في المعدن الباطن [ص ١٣٠] : (**ملك نيله ، وفي المعدن قولان ، أحدهما : يملك إلى القرار ، والثاني : لا يملك**) **الأظهر** : الثاني ، رجحه الشافعي والأصحاب ،

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٤٩٩) .
(٢) الوجيز (١/٤٢٢) ، التذنيب (ص ٦٠٩) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣١١) ، و« فتح العزيز » (٦/٢٢٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٢٩) ، و« الروضة » (٥/٣٠١) .
(٥) الحاوي (ص ٣٩٢) ، المنهاج (ص ٣١٧) .

وعليه مشى « المنهاج »[1] ، ومحل الخلاف : ما إذا قصد التملك ، قاله في « أصل الروضة »[2] أي : فإن لم يقصده ، بل حفر لينال وينصرف . . فلا يملك قولاً واحداً ، صرح به البندنيجي .

٢٩٥٤ـ قول « التنبيه » تفريعاً على الثاني [ص ١٣٠] : (**فإذا انصرف . . كان غيره أحق به ، وإن طال مقامه وهناك غيره ، أو سبق اثنان إليه . . أقرع بينهما**) **الأصح** في الأولىٰ : إزعاجه ، وفي الثانية : أنه يقرع .

٢٩٥٥ـ قوله : (**وإن أقطع الإمام شيئاً من ذلك وقلنا لا يملك بالعمل . . ففي الإقطاع قولان ، أحدهما : لا يصح ، والثاني : يصح فيما يقدر على العمل فيه**)[3] **الأظهر** : الثاني .

٢٩٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٨]: (**ومن أحيا مواتاً فظهر فيه معدنٌ باطنٌ . . مَلَكَهُ**) فيه أمور :

أحدها : أن قوله : (**فظهر فيه**) يقتضي أنه لم يكن عالماً به ، فلو علم به واتخذ عليه داراً . . فقيل : على القولين السابقين ، وقيل : يملكه قطعاً ، فعلى الطريقة الثانية لا فرق بين الحالتين ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٣٠] : (**فيملك المحيا وما فيه من المعادن**) وإن كان ابن الرفعة حمله علىٰ ما يظهر بعد الإصابة كما تقدم ، و« الحاوي » [ص ٣٨٩] : (**بمعدن يظهر جوهره بالمعالجة**) ، فلم يفرق بين العلم به والجهل .

ثانيها: قد تقدم في المعدن الظاهر أنه يملكه أيضاً إذا لم يعلم به ، فلا حاجة حينئذ لهٰذا التقييد؛ ولهٰذا قال السبكي: لم يرد أنه لا يملك الظاهر، بل يملكه قطعاً بلا فرق، قاله الماوردي[4].

ثالثها : كلامه في نفس المعدن ، وأما البقعة المحياة . . ففيها خلاف ، ورجح الإمام : أنه لا يملكها ؛ لأن المعدن لا يتخذ داراً ، فالقصد فاسد[5] .

رابعها : لا يجوز مع ملكه لهٰذا المعدن أن يبيعه في **الأصح**؛ لأن مقصوده النيل، وهو مجهول.

فَصْلٌ

[في التزاحم على السقي من الماء المباح]

كذا عقد في « المحرر » للمذكور من هنا إلىٰ آخر الباب فصلاً[6] ، وأدرجه « المنهاج » فيما قبله ، والأول أليق .

---

(١) المنهاج (ص ٣١٨) .
(٢) الروضة (٥/٣٠٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٣٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٤٩٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣٢٣) .
(٦) المحرر (ص ٢٣٨) .

٢٩٥٧ـ قولهم ـ والعبارة « للتنبيه » ، وهو في القسمة ـ : (**ولو كان ماءً مباحاً في نهر غير مملوك.. سقى الأول أرضه حتىٰ يبلغ إلى الكعب ثم يرسله إلى الثاني**)[1] وعبر « المنهاج » و« الحاوي » بالأعلىٰ فالأعلىٰ ، فيه أمران :

أحدهما : قال في « المهمات » : المراد بالأول : هو الذي لم يتقدمه أحد ، وبالثاني : المحيي بعده ، وهٰكذا ، وليس المراد : الأقرب إلىٰ أصل النهر فالأقرب ؛ لأن الاعتبار بالسبق .

ثانيهما : قوى السبكي وجهاً آخر غير قول الجمهور ، وهو : الرجوع في ذلك إلى العادة والحاجة ، وهي تختلف باختلاف الأرض وما فيها من زرع ، وبالزمان .

٢٩٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٨] : (**فإن كان في الأرض ارتفاعٌ وانخفاضٌ.. أُفرد كل طرف بالسقي**) عبر عنه « التنبيه » بقوله [ص ٢٦٠] : (**وإن كان لرجل أرض عالية وتحتها أرض مستفلة ولا يبلغ الماء في العالية إلى الكعب حتىٰ يبلغ في المستفلة إلى الوسط.. سقي المستفلة حتىٰ يبلغ الكعب ثم يسدها ويسقي العالية**) وحمل في « الروضة » ما في « المنهاج » علىٰ ما في « التنبيه » فقال : (طريقه : أن يسقي المنخفض حتىٰ يبلغ الكعبين ثم يسده ثم يسقي المرتفع)[2] ، وتبعه في « المهمات » ، وقال السبكي : **الظاهر** : أنه لا يتعين البداءة بالأسفل ، بل لو عكس.. جاز ، ومرادهم : أن لا يزيد في المستفلة على الكعبين .

٢٩٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٨] : (**وما أخذ من هٰذا الماء في إنا.. مُلك على الصحيح**) كذا الحوض المسدود المنافذ ؛ ولعل تعبير « الحاوي » بالظرف[3] يشمله ؛ فهو أعم من الإناء .

٢٩٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٢] : (**وحافر بئر بموات للارتفاق أولىٰ بمائها حتىٰ يرتحل**) محله : ما إذا قصد ارتفاق نفسه ، فإن قصد ارتفاق المارة.. فهو كأحدهم ، وكذا الحافر بلا قصد **على الأصح** .

٢٩٦١ـ قولهم في البئر المملوكة : (**لا يلزمة بذل ما فضل عن حاجته لزرعٍ ، ويجب لماشيةٍ على الصحيح**)[4] فيه أمور :

أحدها : المراد بالحاجة التي يجب بذل ما فضل عنها للماشية : سقيه وسقي ماشيته وزرعه ، وفي الزرع احتمال بعيد للإمام[5] ، قال النووي : والمراد : ما يبذل لماشية غيره ، أما ما يجب بذله

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٩٢) ، و« المنهاج » (ص ٣١٨) .
(٢) الروضة (٥/٣٠٥) .
(٣) الحاوي (ص ٣٩٢) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٩٢ ، ٣٩٣) ، و« المنهاج » (ص ٣١٨) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣٣١) .

لعطش آدمي محترم . . فلا يشترط فضله عن الماشية والزرع[1] .

ثانيها : يشترط في وجوب البذل للماشية شروط :

أحدها : فقد ماء مباح .

والثاني : أن يكون ثم كلأ مباح يُرعىٰ ، وإلا . . لم يجب **على المذهب** .

الثالث : أن يكون قبل حوزه في إناء ؛ فلا يجب بذل المحرز **على الصحيح** .

ثالثها : دخل فيه ماشية عابري السبيل ، وكذا من أراد الإقامة في ذلك الموضع ، وهو الذي **صححه النووي**[2] .

رابعها : يجب بذله للرعاة **على الأصح** .

خامسها : قول « المنهاج » [ص ٣١٨] : (**على الصحيح**) يمكن عوده إلىٰ عدم الوجوب للزرع والوجوب للماشية ؛ فإن الخلاف فيهما ، والتصحيح مختلف ، قال الماوردي : وحيث وجب البذل . . مكنت الماشية من حضور البئر بشرط أن لا يكون علىٰ صاحب الماء ضرر في زرع ، ولا ماشية ، فإن لحقه ضرر بورودها . . مُنعت ، لكن يجوز للرعاة استقاء فضل الماء لها[3] .

٢٩٦٢ـ قول « التنبيه » في القسمة [ص ٢٦٠] : (**وإن كان بينهم نهر أو قناة أو عين ينبعُ فيها الماء . . فالماء بينهم علىٰ قدر ما شرطوا من التساوي أو التفاضل**) خالفه مختصره « النبيه » فقال : (العبرة بقدر ما بذله كل من الشركاء من العمل أو المؤنة ، لا علىٰ ما ذكره من الشرط) وقال شيخنا الإمام البلقيني : اعتبار الشرط خلاف ما عليه العمل . انتهىٰ .

والمنقول في « الروضة » وأصلها : أن الاشتراك في الملك علىٰ قدر العمل ، فإن شرطوا أن يكون النهر بينهم علىٰ قدر ملكهم من الأرض . . فليكن عمل كل واحد منهم علىٰ قدر أرضه ، فإن زاد واحد متطوعاً . . فلا شيء له على الباقين ، وإن زاد مكرهاً ، أو شرطوا له عوضاً . . رجع عليهم بأجرة ما زاد . انتهىٰ[4] .

وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٩٣] : (**وشركة القناة بحسب العمل**) ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصبائهم . . فهل يجعل علىٰ قدر الأرضين ؛ لأن الظاهر من الشركة بحسب الملك ، أم بالسوية ؛ لأنه في أيديهم ؟ صحح النووي الأول[5] ، وصحح شيخنا الإمام البلقيني الثاني ، فقال : إنه أصحهما بمقتضى القواعد ؛ لأن القرائن لا ينظر إليها علىٰ مذهب الشافعي ، وقد صحح الرافعي

---

(١) انظر « الروضة » (٥/٣٠٩) .
(٢) انظر « الروضة » (٥/٣١٠) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٠٥) .
(٤) فتح العزيز (٦/٢٣٦) ، الروضة (٥/٣١١) .
(٥) انظر « الروضة » (٥/٣٠٨) .

والنووي في عبدين خسيس ونفيس مكاتبين علىٰ نجوم متفاوتة بحسب قيمتهما ، فأحضرا مالاً وادعيا[1] أنه سواء بينهما ، وادعى النفيس أنه متفاوت علىٰ قدر النجوم : تصديق الخسيس عملاً باليد ، ولا فرق بين الصورتين[2] ، وقال الشافعي رضي الله عنه في الجدار : لا أنظر إلىٰ من إليه الدواخل والخوارج ولا أنصاف اللبن ولا معاقد القِمْطِ[3] ، ونص في متاع البيت يختلف فيه الزوجان علىٰ أنه ما كان في أيديهما : يحلفان ، وهو بينهما ، ولا ينظر إلىٰ ما يختص بالرجل عادة ، ولا ما يختص بالمرأة . انتهىٰ[4] .

٢٩٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٦٠] : (**وإن أرادوا القسمة . . جاز ، فتُنْصب قبل أن يبلغ إلىٰ أراضيهم خشبةٌ مستويةٌ ، وتُفتح فيها كوىٰ علىٰ قدر حقوقهم ، ويجري فيها الماء إلىٰ أراضيهم**) وعبارة « المنهاج » [ص ٣١٨] : (**والقناة المشتركة يُقسم ماؤُها بنصب خشبةٍ في عرض النهر فيها ثُقَبٌ متساويةٌ أو متفاوتةٌ علىٰ قدر الحصص**) فاقتصر على القناة ، ولم يذكر النهر والعين ، ولم يصف الخشبة بكونها مستوية ، وعبارة « أصل الروضة » : مستوية الأعلىٰ والأسفل[5] ، وقال الرافعي : القناة كالبئر في ملك الماء ووجوب البذل وغيرهما ، إلا أن حفرها لمجرد الارتقاق لا يكاد يتفق ، ومهما اشتركوا في الحفر اشتركوا في الملك كما في النهر[6] .

قال السبكي : والقناة في بلادنا : اسم لما يُجرىٰ فيه الماء الواصل من غيرها ، قال : وفي « تعليق القاضي حسين » : لو حفر القناة ، فنبع الماء فيها . . ملكها ، وهو يقتضي أنها تحفر لينبع الماء ، وعلىٰ هـٰذا يصح إطلاق الرافعي أنها كالبئر ، وأما إذا كانت محل الجريان ـ فهي كالنهر ـ . . ففي ملك الجاري فيها خلاف ؛ أي : **والأصح** : أنه لا يملك .

* * *

---

(١) كذا في النسخ ما عدا (ج) ففيها : (. . . مالاً وادعىٰ وادعيا . . .) ، ولعل صواب العبارة : (فأحضرا مالاً ، وادعى الخسيس أنه سواء . . .) ، وهي كذلك في « حاشية الرملي على الأسنىٰ » .

(٢) انظر « حاشية الرملي على الأسنىٰ » (٢/ ٤٥٥) .

(٣) انظر « الأم » (٣/ ٢٢٥) .

(٤) انظر « الأم » (٥/ ٩٥) .

(٥) الروضة (٥/ ٣١١) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٤١) .

كتاب الوقف

٢٩٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**الوقف قربة مندوب إليه**) قال في « التحرير » وتبعه في « الكفاية » : أفهم بالندب أنه مما ثبت بدليل خاص كالعتق ، بخلاف ما اندرج في عموم : ﴿ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ ﴾ ، واحترز به عن القرب الواجبة[١] .

قال النشائي : لكن قوله : (**التدبير قربة**)[٢] ، و(**الكتابة قربة**)[٣] تخالفه ، والكل سواء[٤] .

قلت : ولو اقتصر علىٰ قوله : (الوقف مندوب إليه) كما فعل في الهبة . . لكان أحسن .

٢٩٦٥ـ قوله : (**ولا يصح إلا ممن يصح تصرفه في المال**)[٥] يقتضي الاكتفاء بذلك حتىٰ يصح من المكاتب ؛ فإنه صحيح التصرف في المال ، لكنه لا يصح وقفه بغير إذن سيده ، وفي صحته بإذنه القولان في تبرعه بالإذن ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣١٩] : (**شرط الواقف : صحة عبارته ، وأهلية التبرع**) فاحترز بأهلية التبرع عن المكاتب ، واقتصر « الحاوي » علىٰ (**أهلية التبرع**)[٦] ، وهو حسن ؛ فإنه يلزم منها صحة العبارة ، وصحة التصرف في المال ، ولم يعتبروا أن يكون الواقف مسلماً ، وذلك يقتضي صحة وقف الذمي ، وهو كذلك حتىٰ لو بنىٰ مسجداً ، ووقفه . . قال البغوي في « فتاويه » : يجوز وإن لم يعتقده قربة ، اعتباراً باعتقادنا ، كما يصح منه بيع الشحم ، وإن اعتقد منعه . . قال : ويحتمل أن لا يصح وقفه اعتباراً باعتقاده ، قال تعالىٰ : ﴿ مَا كَانَ لِلْمُشْرِكِينَ أَن يَعْمُرُوا مَسَاجِدَ اللَّهِ ﴾ وخالف العتق ؛ فإنه يعتقده قربة ، ولم يعتبروا أيضاً أن يكون الموقوف معلوماً للواقف ، فدل علىٰ صحة وقف ما لم يره ، وهو الذي صححه النووي تبعاً لابن الصلاح ، قالا : ولا خيار له إذا رآه[٧] ، ونقله ابن الرفعة عن اختيار شيخه الشريف عماد الدين ؛ لأن عمر رضي الله عنه لم ير السواد ، قال : وبناه بعض مشايخ الزمان على الملك ؛ إن قلنا : للموقوف عليه . . لم يصح ، وإلا . . فيصح ، وبناه ابن الرفعة علىٰ صحة وقف أحد عبديه ، وفي البيع من « شرح المهذب » : أن فيه القولين في بيع الغائب ، ومقتضاه : البطلان .

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٣٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤٥) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٤٦) .

(٤) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٢٤) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣٦) .

(٦) الحاوي (ص ٣٩٤) .

(٧) انظر « الروضة » (٥/٣١٦) .

وقال السبكي : لم أر من ذكر المسألة غيرهم مع كثرة المطالعة ، وفي أكثرها اعتباره بالمبيع ، فيقتضي ترجيح المنع ، وعمر يحتمل أنه وكل في وقف السواد من رآه . انتهىٰ .

ولم يعتبر « التنبيه » و« المنهاج » كون الموقوف ملكاً للواقف أو لمن وقع له الوقف ، ومقتضاه : جواز وقف الإمام شيئاً من بيت المال علىٰ معين أو جهة عامة ، وقد أفتى ابن أبي عصرون نور الدين الشهيد بجوازه متمسكاً بوقف عمر رضي الله عنه السواد ، ففعله ، قال السبكي : وأنا لا أغيره ، ولا أفتي ولا أحكم بتغييره مع أني لا أرىٰ جوازه ، قال : ورأيت بخط ابن الصلاح في « مجاميعه » عن جماعة عشرة أو يزيدون : الإفتاء بالصحة ، وهو موافق لهم . وفي « المطلب » في باب قسم الفيء حكاية : الصحة عن المذهب ، والمنع عن الشيخ أبي حامد ، واختاره بعض مشايخ زمننا ، والصحة في الجهة العامة أولىٰ من المعين ، ثم ذكر ابن الرفعة نصاً ، قال : هو كالصريح في الصحة على المعين .

قال السبكي : وليس صريحاً فيه ، والذي أراه أن ما علم انتقاله إلىٰ بيت المال بالميراث مثلاً . . فللإمام أن يخص به واحداً بالمصلحة ، وأما الوقف . . فيحتمل ويحتمل ، وأما أراضيه من الفتوح في زمن عمر والخلفاء . . فلا يقف منها شيئاً ولا يبيعه ، فإن بيعت في زمننا بأمره . . فلا أرىٰ منعه ؛ لعدم وضوح دليله ، وينبغي أن يعرف الإمام عدم الجواز إن أمكن ، وإلا . . اكتفىٰ بأمره ، ويسوغ البيع والحكم به بعد الأمر ، وأما بدونه . . فلا ، وإذا رأينا شيئاً منها بيد أحد ملكاً أو وقفاً . . لا نغيره . انتهىٰ .

وممن صحح وقف الإمام من بيت المال النووي في « فتاويه » وعلله بأن بيت المال لمصالح المسلمين ، وهـٰذا منها[1] ، وفي « أصل الروضة » تبعاً للرافعي : لو رأى الإمام الآن أن يقف أرض الغنيمة كما فعل عمر رضي الله عنه . . جاز إذا استطاب قلوب الغانمين في النزول عنها بعوض أو بغير عوض[2] .

وقد يفهم اعتبارُ الملك من تصريح « المنهاج » بمنع وقف الحُرِّ والمستولدة والكلب المعلم[3] ، وصرح « الحاوي » باعتباره ، فقال [ص ٣٩٤] : (**في مملوكٍ معينٍ يُنقل ، ويُفيد لا بفواته**) ، وقوله : (**ويفيد لا بفواته**)[4] أي : يحصل به منفعة وفائدة مع بقائه ، واحترز بذلك عما لا يحصل الانتفاع به إلا باتفاقه وفواته كالنقدين ، وهو معنىٰ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**ولا يصح إلا في عين**

---

(١) فتاوى النووي (ص ١٢١) مسألة (١٩٦) .

(٢) فتح العزيز (١١/ ٤٥٣) ، الروضة (١٠/ ٢٧٧) .

(٣) المنهاج (ص ٣١٩) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٣٩٤) .

يمكن الانتفاع بها على الدوام) و« المنهاج » [ص ٣١٩] : **(دوام الانتفاع به)** ، ثم قال « التنبيه » [ص ١٣٦] : **(وما لا ينتفع به على الدوام ؛ كالمشموم . . لم يجز)** وعبر عن ذلك « المنهاج » بالريحان[١] ، وعلل الرافعي والنووي ذلك بسرعة فسادها[٢] ، وهو يقتضي أن محله : في الرياحين المحصودة ، وأنه يصح وقف المزروعة للشم ؛ لأنها تبقىٰ مدة ، وفيها منفعة أخرىٰ ، وهي التنزه ، وقد نبه عليه في « شرح الوسيط » ، وقال : **الظاهر** : الصحة في المزروع ، وقال ابن الصلاح : يصح وقف المشموم الذي ينتفع به على الدوام كالعنبر ونحوه ، وسبقه إليه الخوارزمي في « الكافي » ، فقال : يجوز وقف المسك للشم ، وكل عطر له بقاء ، وذلك يرد علىٰ تعبير « التنبيه » بالمشموم دون تعبير « المنهاج » بالريحان .

٢٩٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٩] : **(ويصح وقف مشاع)** يتناول وقفه مسجداً ، وبه صرح ابن الصلاح ، وقال : يحرم المكث في جميعه على الجنب تغليباً للمنع ، قال : وتجب القسمة هنا ؛ لتعينها طريقاً ، قال السبكي : وقوله بوجوب القسمة مخالف للمذهب المعروف ، إلا أن يكون نقل صريح في هٰذه المسألة بخصوصها ، وأفتى البارزي بجواز المكث فيه ما لم يقسم ، وقال ابن الرفعة : الذي يظهر أنه لا يصح وقف المشاع مسجداً ، واستضعفه السبكي ، وقال : لا فرق بين المسجد وغيره .

٢٩٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٩] و« الحاوي » [ص ٣٩٤] : **(إنه لا يصح وقف مستولدة)** قد يشكل عليه صحة وقف المعلق عتقه بصفة ، وقد ذكره « الحاوي » قال [ص ٣٩٤] : **(ويعتق عند الصفة ويبطل الوقف)** وقد استشكل ذلك ؛ لأنه مفرع **على الأصح** : أن الملك في الوقف لله تعالىٰ ، وقد ذكر الرافعي والنووي بعد ذلك تفريعاً علىٰ هٰذا القول : أن الواقف لو وطىء الجارية الموقوفة بغير شبهة وأولدها . . لم تصر أم ولد[٣] ، فانتقاله إلى الله تعالىٰ إن كان كانتقاله إلى الآدمي ، فلا يعتق بتعليق ولا استيلاد ؛ كما لو باعه ثم وجدت الصفة . . فإنه لا أثر لها ، وإن لم يكن . . فيعتق ؛ ولهٰذا قال في « النهاية » و« البسيط » في المعلق بصفة تفريعاً علىٰ هٰذا القول : إنه لا يعتق[٤] ، ذكره في « المهمات » .

٢٩٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٩] : **(إنه لا يصح وقف كلب معلم في الأصح)** وكذا في « الروضة » وكتب الرافعي[٥] ، وحكىٰ في « الكفاية » عن المعظم : القطع به ، قال السبكي : ولعل

---

(١) المنهاج (ص ٣١٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٥٣) ، و« الروضة » (٥/٣١٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٥٢) ، و« الروضة » (٥/٣١٥) .
(٤) نهاية المطلب (٨/٣٩٩) .
(٥) المحرر (ص ٢٤٠) ، فتح العزيز (٦/٢٥٣) ، الروضة (٥/٣١٥) .

المراد : الاحتراز مما لا منفعة فيه ؛ فإنه لا يقتنىٰ ، فأولىٰ أن لا يوقف جزماً ، أما القابل للتعليم . . **فالظاهر** : طرد الخلاف فيه ؛ فإن **الأصح** : جواز اقتناء الجرو للتعليم ، فقوله : (**معلم**)[1] أي : مما يُعلّم .

٢٩٦٩ـ قوله : (**وَأحَدُ عبديه في الأصح**)[2] عبر في « الروضة » بالصحيح[3] .

٢٩٧٠ـ قوله : (**ولو وقف بناءً أو غراساً في أرض مستأجرةٍ لهما . . فالأصح : جوازه**)[4] فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي أن يقول : (له) لأن العطف بـ (أو) يفرد له الضمير ، وقوله تعالىٰ : ﴿ إِن يَكُنۡ غَنِيًّا أَوۡ فَقِيرٗا فَٱللَّهُ أَوۡلَىٰ بِهِمَاۖ ﴾ مُؤول .

ثانيها : محل الخلاف : إذا انفرد مالك البناء أو الغراس بوقفه ، فلو وقف هـٰذا أرضَه وهـٰذا بناءَه أو غراسه . . صح قطعاً .

ثالثها : ينبغي أن يستثنىٰ من ذلك ما لو وقف البناء المذكور مسجداً . . فلا يصح ؛ لأن المساجد لا تكون منقولة ، وهـٰذا في معنى المنقول .

رابعها : ليُعلم أن هـٰذا ليس كسائر المستأجرات في تخيير المؤجر بعد انقضاء المدة بين الأمور الثلاثة المعروفة ، بل ليس له تملكه بالقيمة ، ولكنه يتخير بين الإبقاء بأجرة والقلع مع غرامة أرش النقص ، فإن قلع . . فهو وقف كما كان ، فيوضع في أرض أخرىٰ ، إلا أن لا يبقىٰ به نفع . . فهل يصير ملكاً للموقوف عليه ، أم للواقف ؟ فيه وجهان بلا ترجيح ، وفيهما بُعد ، وينبغي بقاء الوقف فيه .

وقال في « المهمات » : **الصحيح** : ليس واحد منهما ، بل الواجب شراء عقار ، أو جزء من عقار ، كما هو قياس نظائره .

٢٩٧١ـ قول « الحاوي » فيما لا يصح وقفه [ص ٣٩٤] : (**والمستأجر**) أي : إذا استأجر داراً فوقفها المستأجر . . لم يصح ، أما لو أجر داره من غيره ثم وقفها المؤجر . . **فالأصح** : الصحة .

٢٩٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**فإن وقف علىٰ قاطع الطريق أو علىٰ حربي أو مرتد . . لم يجز**) ممنوع في قاطع الطريق ؛ **فالأصح** : صحة الوقف عليه إذا كان معيناً ، وينبغي تقييد الصحة بما إذا لم يصفه مع تعيينه بقطع الطريق ، فلو قال : (وقفت علىٰ زيد قاطع الطريق) . . لم يصح ؛

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣١٩) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣١٩) .

(٣) الروضة (٥/٣١٥) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣١٩) .

لأن في « فتاوي القاضي الحسين » قبيل (أدب القضاء) : لو قال : (لله عليَّ عتق العبد الكافر) . . لا يلزم ؛ لجعله الكفر صفة له ، بخلاف ما إذا أطلق هـٰذا العبد وكان كافراً . . فإنه يلزمه ، قال : وعلىٰ هـٰذا لو قال : (وقفت علىٰ أهل الذمة) . . لا يصح ، ولو قال : علىٰ هـٰؤلاء . . يصح وإن كانوا كفاراً . انتهىٰ .

وقول « المنهاج » [ص ٣١٩] : (**فإن وقف علىٰ معيّن واحدٍ أو جمع . . اشترط إمكان تمليكه**) يقتضي صحة الوقف على القاطع والحربي والمرتد ؛ لإمكان تمليكهم ، لكنه قال بعد ذلك : (**إنه لا يصح علىٰ مرتد وحربي في الأصح**) ، ولو عبر بـ (جماعة) كما في « الروضة » وأصلها[1] . . لكان أولىٰ ؛ لدخول الاثنين ، وقول « الحاوي » [ص ٣٩٥] : (**علىٰ أهل تمليكه ، لا بهيمةٍ وجنينٍ ومرتدٍّ وحربيٍّ**) يقتضي أن المرتد والحربي ليسا من أهل التمليك ، وفيه نظر ، وعلل الرافعي منع الوقف عليهما : بأنهما مقتولان ، لا بقاء لهما ، والوقف صدقة جارية ، فكما لا يوقف ما لا دوام له . . لا يوقف علىٰ من لا دوام له[2] .

وقال ابن الرفعة في « الكفاية » : ولك أن تقول : وقف ما لا دوام له لا يبقىٰ له أثر بعد فواته ، وإذا مات الموقوف عليه أوّلاً . . انتقل إلىٰ من بعده ، فمقصود الوقف حاصل ، وهو الدوام ، وتبعه في « المهمات » .

وقال السبكي : مال ابن الرفعة إلى الصحة ، ولا سيما إذا قلنا ببقاء ملك المرتد ، والذي قاله صحيح ، وما عندي في ترجيح البطلان سوى انتفاء قصد القربة فيمن هو مقتول شرعاً وليس علىٰ دين الإسلام ، فيقوىٰ عندي البطلان في المرتد والحربي ، **والصحة في قاطع الطريق** وإن تحتم قتله ، وقال قبل ذلك : إنه لم ير في قاطع الطريق نقلاً ، ولكن توقع البقاء مفقود فيه ، فهو من هـٰذه الجهة أولىٰ بالبطلان ، ومن جهة كونه مسلماً يتقرب بإطعامه إلىٰ أن يقتل أولىٰ بالصحة .

قلت: صرح صاحب «البيان» بصحة الوقف على الزاني المحصن ، فقال لما حكىٰ تعليل البطلان في الحربي والمرتد: وهـٰذا يبطل بالزاني المحصن؛ فإنه مأمور بقتله، ويصح الوقف عليه[3].

٢٩٧٣ـ قولهم : (**لا يصح الوقف علىٰ جنين**)[4] لم يحكوا فيه خلافاً ، وفي كتب الرافعي والنووي الجزم به[5] ، لكن في « البحر » : أن الشيخ أبا محمد حكىٰ في « المنهاج » وجهاً بصحة الوقف عليه كما يملك بالأرث .

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٢٥٥) ، الروضة (٥/ ٣١٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٥٥) .
(٣) البيان (٨/ ٦٥) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٣٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٩٥) ، و« المنهاج » (ص ٣١٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٥٥) ، و« الروضة » (٥/ ٣١٧) .

قال ابن الرفعة : وقد يتخرج علىٰ أن الوقف ينتقل إلى الله تعالىٰ أو يبقىٰ علىٰ ملك الواقف .

قلت : وجزم أبو الفرج الزاز في « تعليقه » بالصحة ، كما أفاد شيخنا الإمام البلقيني .

٢٩٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**إنه لا يصح الوقف على العبد**) محله : ما إذا قصد نفسه ، فلو أطلق . . صح ، وكان وقفاً علىٰ سيده ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] ، ثم البطلان فيما إذا قصد نفس العبد ، قال جماعة : إنه مبني علىٰ قولنا : إنه لا يملك ، فإن ملكناه . . صح ، ورده الرافعي : بأن محله : إذا ملكه سيده ، وإلا . . لم يملك بلا خلاف ، فلا يصح الوقف عليه من غير السيد[(٢)] .

ورد ابن الرفعة ذلك : بأنه يملك علىٰ وجه بالقرض والشراء دون إذن ، فبغير عوض أولىٰ .

وفي « المهمات » عن جماعة منهم الماوردي : أن الخلاف يجري أيضاً في غير السيد .

وقال السبكي : الذي قاله ابن الرفعة صحيح ، وقيد ابن الرفعة كونه عند الإطلاق وقفاً على السيد **بالقول الجديد** ، فأفهم أنه **على القديم** يكون للعبد ، وصوبه السبكي ؛ أي : فيصح قطعاً ، وفيمن هو له القولان ، ولا يرد على المذكور هنا أن **الأصح** : صحة الوقف على الأرقاء الموقوفين لسدانة الكعبة وخدمة قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ لأن القصد هناك الجهة ، فهو كالوقف علىٰ علف الدواب في سبيل الله .

٢٩٧٥ـ قول « المنهاج » في إطلاق الوقف على البهيمة [ص ٣١٩] : (**وقيل : هو وقف علىٰ مالكها**) يقتضي أن محل الخلاف في المملوكة ، فلو وقف على الوحوش أو الطيور المباحة . . لم يصح بلا خلاف ، وبه صرح المتولي ، وأقره الرافعي والنووي[(٣)] ، لكن قال الرافعي في (الوصية) : إن الوصية علىٰ رأي وصية للبهيمة نفسها[(٤)] ، وحينئذ . . فلا يتجه فرق بين المملوكة وغيرها ، وقوى السبكي شيئاً نقله الجوري ، يقتضي الصحة في غير المملوكة .

٢٩٧٦ـ قولهم : (**إنه لا يصح الوقف علىٰ نفسه**)[(٥)] استثنىٰ منه « الحاوي » : ما لو وقف على الفقراء ثم صار فقيراً . . فيجوز له الأخذ منه[(٦)] ، وهـٰذا هو الذي قال الرافعي : يشبه أن يكون أظهر ، لكن رجح في « الوسيط » المنع . انتهىٰ[(٧)] .

---

(١) الحاوي (ص ٣٩٥) ، المنهاج (ص ٣١٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٥٥ ، ٢٥٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٥٦) ، و« الروضة » (٥/٣١٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/١٩) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٩٥) ، و« المنهاج » (ص ٣١٩) .
(٦) الحاوي (ص ٣٩٥) .
(٧) الوسيط (٤/٢٤٣) ، وانظر « فتح العزيز » (٦/٢٥٨) .

وممن جزم بالجواز الماوردي[1] ، ورجحه السبكي ، وممن جزم بالمنع البغوي في « فتاويه » ، قال السبكي : ولو وقف على الفقراء وهو فقير . . لم أرها منقولة ، وينبغي أن يكون فيها وجهان ، **أصحهما** : الجواز ، وللمسألتين إلتفات على المخاطب ـ بكسر الطاء ـ هل يدخل في الخطاب ؟ قال : ولا وجه للمنع في الأولىٰ من جهة الوقف علىٰ نفسه ؛ لأنه لم يقصد ، وفي « الكافي » للخوارزمي : لو وقف حائطاً على الفقراء علىٰ أن يأكل من ثمرته كواحد منهم . . لا يصح **علىٰ أصح** الوجهين ، وإن وقف عليهم ولم يقل هـٰذا وهو فقير يأكل معهم كواحد منهم . . فيدخل في العام ولا يدخل في الخاص **على الأصح** ، قال السبكي : وعموم هـٰذا اللفظ قد يقال : إنه يشمل هـٰذه المسألة .

ويستثنىٰ أيضاً : ما لو شرط النظر لنفسه ، وجعل لذلك أجرة . . ففيه وجهان مبنيان علىٰ أن الهاشمي إذا انتصب عاملاً للزكاة . . هل له سهم العامل ؟ قال في « الروضة » : **الأرجح هنا** : جوازه[2] ، قال ابن الصلاح : ويتقيد ذلك بأجرة المثل ، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف علىٰ نفسه[3] .

ويستثنىٰ أيضاً ما ذكره في « الكفاية » ، قال : طريق تصحيح الوقف علىٰ نفسه كما قال ابن يونس وصاحب « رفع التمويه » : أن يقف علىٰ أولاد أبيه الذين صفتهم كيت وكيت ، ويذكر صفات نفسه ، قال : وينقدح فيه الخلاف فيما لو شرط النظر لنفسه وشرط أجرة ، لولا أن الغزالي وجَّهَهُ بأن مطلق الوقف ينصرف إلىٰ غير الواقف[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني في هـٰذه الحيلة : لا تخلو من نزاع ؛ فإن الماوردي قال فيمن وقف علىٰ ولده ثم علىٰ ورثة ولده : لو مات الولد والأب وارثه . . هل يرجع عليه ؟ وجهان ، قال : فإذا ثبت لنا الخلاف في هـٰذه المسألة . . ففي تلك الحيلة من طريق الأولىٰ . انتهىٰ[5] .

وفي « حاشية الكفاية » عن « فتاوى الغزالي » : الجزم في هـٰذه الصورة بعدم الاستحقاق ، وعلله : بأنه يصير متيقناً لاستحقاق وقف نفسه[6] ، وذكر شيخنا الإسنوي أن ما نقله في « الكفاية » عن « رفع التمويه » غلط ؛ فإنه إنما نقله عن غيره مضعِّفاً له ، **والظاهر** : أنه أشار إلى ابن يونس ، قال : ورأيت بخط بعض الفضلاء أن أبا علي الفارقي ذكر هـٰذه الطريقة ، وكان ابن يونس اعتمده

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٢٦) .
(٢) الروضة (٥/٣١٩ ، ٣٢٠) .
(٣) انظر « فتاوى ابن الصلاح » (١/٣٦٤) .
(٤) انظر « الوجيز » (١/٤٢٥) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٢٧) .
(٦) فتاوى الغزالي (ص ٧٠) .

فيها ، وهي مردودة ، وقال السبكي : المنع فيها أقرب ؛ لأن قصد الجهة العامة فيها بعيد ، وإنما قصد نفسه ، وفي الصورة الأولىٰ لو فرض أن لا فقير سواه . . فقد يقصد الجهة .

٢٩٧٧ـ قول « المنهاج » في المسألة [ص ٣١٩] : (**في الأصح**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وفي « الروضة » وأصلها : أن المنع محكي عن النص[١] ، ومراده : **في القديم** ؛ فإنه محكي عنه ، وليس قديماً مرجوعاً عنه ؛ لأنه لم ينص **في الجديد** علىٰ خلافه ، بل أشار فيه إلى البطلان ، وجزم في « البحر » بالبطلان ، وعزاه للقديم ، ثم قال : وقال بعض أصحابنا بخراسان : فيه وجهان ، وجعل الجرجاني في « الشافي » الخلاف قولين .

٢٩٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**ولا يجوز إلا علىٰ معروف وبر**) يقتضي اعتبار القربة في الوقف على الجهة ، وهو ما حكاه الإمام عن المعظم[٢] ، ورجحه السبكي ، قال الرافعي : **والأشبه** بكلام الأكثرين : ترجيح كونه تمليكاً ، وتصحيح الوقف على الأغنياء واليهود والنصارىٰ والفساق ، قال : ولكن **الأحسن** : توسط ذهب إليه بعض المتأخرين ، وهو تصحيح الوقف على الأغنياء ، وإبطال الوقف على اليهود والنصارىٰ وقطاع الطريق وسائر الفساق ؛ لتضمنه الإعانة على المعصية[٣] ، وتبعه في « الروضة » على استحسان هـٰذا التوسط[٤] .

واعترضه ابن الرفعة : بأنه خلاف قول الأصحاب كافة ، قال : وصحته تتخرج علىٰ أن الأمة إذا اجتمعت علىٰ قولين . . هل يجوز إحداث قول ثالث غير خارج عنهما ؟ . انتهىٰ .

والأكثرون في هـٰذه المسألة الأصولية على المنع ، لكن ليست هـٰذه المسألة الفرعية من تلك القاعدة ، وإنما هي من مسألة أخرىٰ ، وهي : ما إذا لم يُفصل مجتهدوا عصرٍ بين مسألتين ، بل أجابوا فيهما بجواب واحد ، فهل لمن بعدهم التفصيل بينهما ؟ أجازه بعضهم مطلقاً ، ومنع بعضهم مطلقاً ، وذكر الإمام وتبعه البيضاوي : أنه يمتنع فيما إذا صرحوا بعدم الفرق بينهما ، وفيما إذا اتحد الجامع بينهما كتوريث العمة والخالة ، علىٰ أن بعض الناس توهم أنه لا فرق بين هاتين المسألتين الأصوليتين ؛ لأن الآمدي وابن الحاجب جمعا بينهما وحكم عليهما بحكم واحد ، لكن الفرق بينهما : أن هـٰذه مفروضة فيما إذا كان محل الحكم متعدداً . . وتلك فيما إذا كان متحداً ، كذا فرق القرافي ، وتبعه غير واحد ، **والأحسن** عندي : أن يقال : إن تلك مفروضة في الأعم من كون المحل متعدداً ومتحداً ، وهـٰذه في كونه متعدداً ، وتبع « الحاوي » ما قال الرافعي : إنه الأشبه

---

(١) فتح العزيز (٦/٢٥٨) الروضة (٥/٣٢٠) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣٧٢) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٦٠) .

(٤) الروضة (٥/٣٢٠) .

بكلام الأكثرين ، فقال : (**وعدم معصية العامة**)[1] ، ومقتضاه : الصحة في جميع تلك الصور ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣١٩] : (**أو لجهة لا تظهر فيها القربة كالأغنياء.. صح في الأصح**) ، فتناولت عبارته أيضاً جميع الصور ، لكن قد يفهم من تمثيله اختصاص الحكم بالمثال ، كما استحسنه في « الروضة »[2] ، ولما استحسن الرافعي ذلك.. علل البطلان في تلك الصور بتضمنه الإعانة على المعصية[3] ، وهـٰذا يقتضي الجزم في هـٰذه الصور بالبطلان كسائر جهات المعصية ، ويوافقه أن الخوارزمي قال في « الكافي » : ولا يصح الوقف علىٰ ما فيه معصية ؛ بأن وقف علىٰ عمارة البيع والكنائس وكتبة التوراة والإنجيل ، أو على الكفار أو الفساق أو السراق أو قطاع الطريق أو المقامرين ، ثم قال بعد ذلك : ولو وقف علىٰ ما لا قربة فيه ولا معصية ؛ بأن وقف على الأغنياء.. هل يصح ؟ فيه وجهان . انتهىٰ .

ويمكن أن يقال : هـٰذا الذي ذكره الرافعي والنووي من حكاية الخلاف في هـٰؤلاء ثم تصحيحهما فيهم التفصيل بين الأغنياء وغيرهم.. طريقتان لا يجتمعان ، فلما جمعهما الرافعي.. وقع في كلامه الخلل ، فيقال : الوقف على الفسّاق ونحوهم منهم من جعله معصية.. فقطع فيه بالبطلان ، ومنهم من جعله مباحاً.. فأجرىٰ فيه الخلاف ، فأما كوننا نجزم بطريقة الخلاف ثم نرجح فيهم البطلان ونعلله : بأن فيه إعانة على المعصية.. فلا اتجاه له ؛ لأن مقتضىٰ هـٰذا التعليل الجزم بالبطلان كما تقدم ، والله أعلم .

٢٩٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣١٩] : (**وإن وقف علىٰ جهةِ معصيةٍ كعمارة الكنائس.. فباطلٌ**) فيه أمور :

أحدها : أنه يتناول إنشائها وترميمها ، لكن قيد ابن الرفعة منع الوقف على الترميم بما إذا منعناه ، ومقتضاه : أن **الأصح** : صحة الوقف على الترميم ؛ لأن **الأصح** : أنهم لا يمنعون من إعادة ما استهدم منها ، وقد يوافقه قول الرافعي والنووي : أما ما وقفوه قبل المبعث علىٰ كنائسهم القديمة.. فيقرر حيث تقرر الكنائس . انتهىٰ[4] .

فقد يقال : **إن مقتضاه** : أن صحة الوقف لعمارتها تابع لتقريرها ، وقد يقال : ليس في هـٰذا إنشاء وقف ، إنما هو تقرير علىٰ وقف كان قربة حين وقفه ، **والحق** : أنه لا يجوز الوقف علىٰ ترميمها ولو لم نمنعهم منه ؛ لأنه معصية إلا أنهم يقرون عليه كما يقرون علىٰ شرب الخمر ونحوه .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٦٠) ، و« الحاوي » (ص ٣٩٥) .
(٢) الروضة (٥/ ٣٢٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٦٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٥٩) ، الروضة (٥/ ٣١٩) .

ثانيها : مقتضىٰ كلامه : أنه لا فرق بين أن يكون الواقف مسلماً أو ذمياً ، وهو كذلك ، فإذا وقفوه ثم ترافعوا إلينا . . أبطلناه ، وإلا . . لم نتعرض لهم حيث لا يمنعون من الإظهار ، ولو قضىٰ به حاكمهم ثم ترافعوا إلينا . . نقضناه ، وكلام ابن الرفعة يفهم فيه خلافاً ، وهو بعيد .

ثالثها : المراد بالكنائس : الأماكن المعدة للعبادة ، أما ما تنزله المارة . . فالنص وقول الجمهور : جواز الوصية ببنائها ، قال ابن الرفعة : ويشبه أن الوقف كذلك . انتهىٰ .

وقال الماوردي : لو وقف داراً علىٰ أن يسكنها فقراء اليهود ؛ فإن جعل لفقراء المسلمين معهم نصيباً . . جاز ، وإلا فوجهان[1] .

وجه المنع : أنهم إذا انفردوا بسكناها . . صارت ككنائسهم .

٢٩٨٠ـ قولهما : (**ولا يصح إلا بالقول**)[2] وهو مقتضىٰ كلام « الحاوي » ، فيه أمران :

أحدهما : أن محله : في الناطق ، أما الأخرس . . فيصح منه بالإشاره المفهمة ، ولم يقيد السبكي بالمفهمة ؛ لصحته في الباطن بدون إفهام ، إلا أنه لا يترتب عليه شيء في الظاهر إلا مع الإفهام ، ويصح منه أيضاً بالكتابة مع النية ، **والظاهر** : صحته من غيره أيضاً بالكتابة مع النية علىٰ سبيل الكناية .

ثانيهما : يستثنىٰ منه : بناء مسجد في موات بقصده ، قاله في « الكفاية » تبعاً للماوردي ، ويقوم الفعل مع النية مقام اللفظ ، ويزول ملكه عن الآلة بعد استقرارها في مواضعها .

وأجاب السبكي : بأن الموات لم يدخل في ملك من أحياه مسجداً ، إنما احتيج إلى اللفظ لإخراج ما كان في ملكه عنه ، وأما البناء . . فصار له حكم المسجد تبعاً ، ولو استقل . . لاعتبر اللفظ ، كما قال الروياني فيمن عَمر مسجداً خراباً ، ولم يقف الآلة . . فهي له عارية ، له الرجوع فيها متىٰ شاء . انتهىٰ .

وخالف في ذلك الفارقي ، وقال في « المهمات » : قياس ما قاله الماوردي : إجراؤه في غير المسجد أيضاً من المدارس والربط وغيرها ، وكلام الرافعي في (إحياء الموات) في مسألة حفر البئر في الموات يدل عليه ؛ أي : حيث فرق بين حفرها بقصد التملك أو الارتفاق أو المارة[3] .

٢٩٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وألفاظه** : « **وقفت** » و« **حبست** » و« **سبلت** ») يقتضىٰ أنه لا يكفي : (جعلته مسجداً) ، **والأصح** : خلافه ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، لكن

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٥٢٥) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٣١٩) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٣٨) .

(٤) الحاوي (ص ٣٩٤) ، المنهاج (ص ٣١٩ ، ٣٢٠) .

قال بعدم الاكتفاء به المتولي والبغوي والأستاذ أبو طاهر ، وحكاه في « المهمات » عن القفال والقاضي الحسين والخوارزمي وغيرهم ، وقال : وصار المعروف خلاف ما رجحه الرافعي بحثاً[1] ، واغتر به في « الروضة » ، فجعله الأصح[2] .

واستشكل في « المهمات » الاكتفاء به : بأنه لو قال : (جعلت هـٰذا للمسجد) . . فهو تمليك لا وقف ، فيشترط قبول القيم وقبضه كالهبة من الصبي ، وبأن في « فتاوى القفال » : لو قال : (جعلت داري هـٰذه خانكاه للغزاة) . . لم يصر وقفاً بذلك .

قلت : ونص الشافعي في « المختصر » ظاهر في الاكتفاء بقوله : (جعلت البقعة مسجداً) فإنه قال : واحتج محتج بقول شريح : لا حبس عن فرائض الله ، ثم قال : ولو جعل عرصةً له مسجداً . . لا يكون[3] حبساً عن فرائض الله ، فكذلك ما أخرج من ماله . . فليس يحبس عن فرائض الله . انتهى[4] .

وصرح المتولي بالاكتفاء به أيضاً ، فتناقض كلامه ، وفي « الكفاية » عن القاضي حسين : أن محل الخلاف : عند عدم النية ؛ فإن قصد به الوقف . . [صار مسجداً][5] .

٢٩٨٢ـ قول «المنهاج» [ص ٣٢٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٤] : (**ولو قال** : « **تصدقت بكذا صدقةً محرمةً** » **أو** « **موقوفة** » **أو** « **لا تباع ولا توهب** » . . **صريح في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : استشكل السبكي جريان الخلاف في قوله : (**صدقة موقوفة**) ، وقال : وهو بعيد ؛ لأنه لم يحك في « المنهاج » خلافاً إذا انفردت لفظة الوقف ، فكيف إذا اجتمعت مع غيرها يثبت خلاف ؟! ، فضلاً عن أن يكون الخلاف قوياً مشاراً إليه بقوله : (**الأصح**) ، ولولا وثوقي بخط المصنف و« المنهاج » عندي بخطه . . لكنت أتوهم أن مكان (**موقوفة**) (مؤبدة) كما ذكره أكثر الأصحاب تبعاً للشافعي .

قلت : ومنهم صاحب « التنبيه » لم يذكر موقوفة ، وذكر بدلها مؤبدة[6] ، قال شيخنا ابن النقيب : لكن الخلاف محكي من خارج ؛ لأن في صراحة لفظ الوقف وجهاً ، فطرد مع انضمامه لغيره ، لكنه ضعيف جداً ، فكيف يعبر عن مقابله بالأصح[7] ؟

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٦٣) .

(٢) الروضة (٥/٣٢٣) .

(٣) في النسخ : (أيكون) ، والذي في « المختصر » هو ما أثبت ، ولعله الصواب .

(٤) مختصر المزني (ص ١٣٣) .

(٥) في (أ) : (صار وقفاً) .

(٦) التنبيه (ص ١٣٧) .

(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣١٨) .

ثانيها : مقتضىٰ كلامه : أنه لا يكفي الاقتصار علىٰ نفي البيع وحده والهبة وحدها ، بل لا بد من الجمع بينهما ، وقال ابن الرفعة : إنه لا يشترط الجمع بينهما ، بل أحدهما يكفي ، قال : وعلىٰ قياسه ينبغي الاكتفاء بقوله : (لا تورث) ، وتبعه في « المهمات » ولهـٰذا اقتصر « التنبيه » علىٰ قوله [ص ١٣٧] : (**لا تباع**) .

وقال السبكي : فيه نظر ؛ لأن المأخذ مجيئهما في حديث عمر ، وعبارة الشافعي : (لا تباع ولا توهب ، أو لا تورث)[١] بـ (الواو) أولاً كحديث عمر ، وبـ (أو) ثانياً .

قلت : هـٰذا تمسك بالأثر ، وهو قابل للتأويل ، وما ذكره ابن الرفعة فقه لا يرد ، وقد ظهرت المسألة منقولة ، ذكرها الروياني في « البحر » ، وصحح ما قاله ابن الرفعة ، فقال بعد القرائن التي لا بد أن ينضم بعضها إلىٰ لفظ الصدقة : والثانية أن يقول : صدقة لا تباع ولا تورث ولا توهب ، ذكره بعض أصحابنا ، وقيل : يقول : صدقة لا تباع أو لا توهب أو لا تورث ، وهـٰذا أصح .

ثالثها : قال في « المهمات » : في المسالة إشكال آخر ، وهو : أن الكناية في غير هـٰذا لم يلحقوها بالصرائح ؛ لأجل وجود لفظ آخر ، وقد أخذ ذلك من السبكي ؛ حيث قال : قد جاء في هـٰذا الباب نوع غريب لم يأت مثله إلا قليلاً ، وهو انقسام الصريح إلىٰ ما هو صريح بنفسه وإلىٰ ما هو صريح مع غيره . انتهىٰ .

فلم يجعل ذلك إشكالاً ، والله أعلم .

٢٩٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وإن قال : « تصدقت » . . لم يصح الوقف حتىٰ ينويه**) يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين الوقف على الجهة والمعين ، وليس كذلك ، بل **الأصح في المعين** : أنه لا يكون وقفاً ، بل ينفذ فيما هو صريح فيه ، وهو محض التمليك ، كما حكاه الرافعي والنووي عن الإمام من غير مخالفة[٢] ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٢٠] : (**وقوله : « تصدقت » فقط . . ليس بصريح وإن نوىٰ ، إلا أن يضيف إلىٰ جهة عامة وينوي**) ومقتضاه : أن هـٰذا اللفظ مع النية يكون صريحاً في الجهة ، وكذا عبارة الرافعي ؛ حيث قال : التحق بالصريح **على الصحيح**[٣] ، **لكن عدّه « الحاوي » من الكنايات**[٤] ، **وهو يقتضي اعتبار النية فيه ، وعبارة « المحرر » لا تنافي ذلك ؛ حيث قال : (إن « تصدقت » ليس صريحاً ، ولو نوىٰ . . لم يحصل الوقف أيضاً ، إلا إذا أضاف إلىٰ جهة عامة**)[٥] ، **وكذا عبارة « الروضة » حيث قال : فوجهان** :

---

(١) انظر « الأم » (٤/٥٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٦٤ ، ٢٦٥) ، و« الروضة » (٥/٣٢٣) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٦٤) .
(٤) الحاوي (ص ٣٩٤) .
(٥) المحرر (ص ٢٤١) .

أحدهما : أن النية لا تلتحق باللفظ في الصرف عن صريح الصدقة إلىٰ غيره ، **وأصحهما** : يلتحق ، فيصير وقفاً[(١)] ، واختار السبكي حصول الوقف في المعين أيضاً بلفظ الصدقة مع النية ، قال : وممن أطلق ذلك الماوردي[(٢)] والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ ، وزاد فقال : إذا نوىٰ . . صار وقفاً في الباطن دون الظاهر ، فإن اعترف أنه أراد الوقف . . قبل منه ، وإن قال : ما أردت . . قبل ، فإن أنكر المتصدق عليه . . كان القول قوله مع يمينه ؛ لأنه أعرف بنيته ، قال : وهٰذا الكلام من ابن الصباغ يقتضي جريانه في المعين . انتهىٰ .

قال الرافعي : ولك أن تقول : تجريد لفظ الصدقة عن القرائن اللفظية يمكن تصويره في الجهة العامة ؛ كتصدقت على الفقراء ، ولا يمكن في معينين إذا لم نجوز الوقف المنقطع ؛ فإنه يحتاج إلىٰ بيان المصارف بعد المعينين ، وحينئذ . . فالمأتي به لا يحتمل غير الوقف ؛ كقوله : تصدقت به صدقة محرمة أو موقوفة[(٣)] .

٢٩٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وفي قوله : « حرَّمت » و« أبَّدت » وجهان**) **الأصح** : أنهما كنايتان ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، وعبارته : (**والأصح أن قوله : « حرَّمته » أو « أبَّدته » ليس بصريح**)[(٤)] ، قال السبكي : ولو عطفه بالواو . . أفاد أن جمعهما غير صريح ، فأحدهما أولىٰ ، وعطفه بأو ساكت عن جمعهما .

قال شيخنا ابن النقيب : لكنه يعكر علىٰ إثبات الكناية ، فلا يلزم من كونهما يفيدانها أن تفيدها أحدهما[(٥)] .

٢٩٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٥] : (**وأن الوقف علىٰ معين يشترط فيه قبوله**) حكىٰ في « الروضة » وأصلها تصحيحه عن الإمام وآخرين[(٦)] ، وحكىٰ مقابله عن البغوي والروياني[(٧)] ، وهو مقتضىٰ تعبير « التنبيه » فإنه ذكر الإيجاب ، ولم يشترط القبول ، ثم قال : (**وإن وقف علىٰ رجل بعينه ثم على الفقراء ، فرد الرجل**)[(٨)] ، وذلك يقتضي أنه لا يشترط عنده القبول ، بل يشترط أن لا يرد ، وقال السبكي : إن عدم الاشتراط ظاهر نصوص

---

(١) الروضة (٥/ ٣٢٣) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٥١٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٦٥) .
(٤) الحاوي (ص ٣٩٤) ، المنهاج (ص ٣٢٠) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٣٢٠) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٤٤) ، و« فتح العزيز » (٦/ ٢٦٥) ، و« الروضة » (٥/ ٣٢٤) .
(٧) انظر « التهذيب » (٤/ ٥١٧) .
(٨) التنبيه (ص ١٣٦) .

الشافعي في غير موضع ، واختاره الشيخ أبو حامد وسليم وابن الصباغ والمتولي كما يقتضيه كلامه ، والماوردي والنووي في (السرقة)[1] ، وابن الصلاح[2] وصاحب « الاستقصاء » والخوارزمي في « الكافي » ، وهو المختار . انتهىٰ .

وعبارة النووي : **المختار** : أنه لا يشترط[3] .

قال في « المهمات » : **والمختار** في « الروضة » : ليس هو في مقابلة الأكثرين ، بل بمعنىٰ : الصحيح والراجح ، ونقل في « شرح الوسيط » عن الشافعي : أنه لا يشترط ، وصححه خلائق منهم الماوردي . انتهىٰ .

وممن حكى السبكي عنه الاشتراط : القاضي حسين والفوراني والجوري ، وإذا قلنا به . . فليكن القبول متصلاً بالإيجاب كما في البيع والهبة .

٢٩٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٠] : (**ولو رد . . بطل حقه شرطنا القبول أم لا**) خالف فيه البغوي ، فقال : إنه لا يرتد برده[4] .

وفي « أصل الروضة » : إنه شاذ[5] ، لكن وافقه عليه صاحبه الخوارزمي في « الكافي » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : نص في « الأم » علىٰ ما يقتضي أن القبول ليس بشرط ، وأنه لا يرتد برد الموقوف عليه كما قال البغوي ، فقال في الصدقات المحرمات : ولم يخالفه ـ يعني : العتق ـ إلا في أن المعتق يملك منفعة نفسه وكسبها ، وأن منفعة هـٰذه مملوكة لمن جُعلت له . انتهىٰ[6] .

قال شيخنا : وهـٰذا هو الأقوىٰ ، والله أعلم .

وقوله : (**بطل حقه**)[7] أي : من الوقف كما صححوه ، وقال الماوردي : من الغلة ، فعلى الأول : إن كان البطن الأول . . صار منقطع الأول ، فيبطل كله **على الصحيح** ، أو الثاني . . فمنقطع الوسط .

٢٩٨٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٥] : (**وعدم رد البطن الثاني**) يقتضي أنه لا يشترط قبولهم ، وهـٰذه طريقة الإمام والغزالي[8] ، وأجرى المتولي الخلاف في إشتراط قبولهم وارتداده بردهم ، إن

---

(١) انظر « الروضة » (١٠/ ١٤٤) .
(٢) انظر « فتاوى ابن الصلاح » (١/ ٣٦٦) .
(٣) انظر « الروضة » (١٠/ ١٤٤) .
(٤) انظر « التهذيب » (٤/ ٥١٧) .
(٥) الروضة (٥/ ٣٢٤ ، ٣٢٥) .
(٦) الأم (٤/ ١٠٥) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣٢٠) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٧٩) ، و« الوجيز » (١/ ٤٢٥) .

قلنا : يتلقون من الواقف . . فهم كالبطن الأول ، أو من الأول . . فلا يعتبر قبولهم ولا ردهم ، قال الرافعي في « الشرحين » و« التذنيب » : وهٰذا أحسن . انتهىٰ[1] .

والأصح : أنهم يتلقون من الواقف ، ومقتضىٰ ذلك : اشتراط قبولهم كالبطن الأول ، قال السبكي : لكن الذي يتحصل من كلام الشافعي والأصحاب أنه لا يشترط قبولهم وإن شرطنا قبول البطن الأول ، وأنه يرتد برد البطن الثاني كما يرتد برد الأول **على الصحيح** فيهما ، هٰذا مقتضىٰ نص الشافعي والجمهور ، وهو أولىٰ مما استحسنه الرافعي . انتهىٰ .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا يبعد أن يرجح عدم الاشتراط وإن قلنا بالتلقي من الواقف ؛ لأنهم خلفاً عن المستحقين أولاً ، وقد تم الوقف أولاً ، فلا حاجة إلىٰ قبول ثان ، أما الجهة العامة . . فلا يشترط فيها القبول قطعاً ، قال الرافعي : ولم يجعلوا الحاكم نائباً في القبول كنيابته في استيفاء القصاص والأموال ، ولو صاروا إليه . . لكان قريباً[2] .

وقال السبكي : إن عدم الاشتراط في الوقف ؛ لأنه محض حق الله ، قال : وإذا أردنا تخريجه علىٰ سنن العقود . . قلنا : ندب الشارع إليه كالاستيجاب ، ووقفه كالإيجاب ، فيتم العقد به ، والفرق بينه وبين الاستيفاء : أنه لا بد له من مباشر ، بخلاف هٰذا ، قال : ولو استُدِل بأن الله يقبل الصدقات والوقف منها . . لكان من أحسن الاستدلال . انتهىٰ .

فصل

[في تعليق الوقف]

٢٩٨٨ـ كذا في « المحرر » فَصَل به بين الأركان[3] ، وهي : الواقف ، والموقوف ، والموقوف عليه ، والصيغة ، والشرائط ، وهي : التأبيد ، والتنجيز ، وبيان المصرف ، والإلزام ، ولم يعقد لذلك « المنهاج » فصلاً .

٢٩٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وإن علق انتهاءه ؛ بأن قال : « وقفت هٰذا إلىٰ سنة » . . بطل في أحد القولين ، وصح في الآخر ، ويُصرف بعد السنة إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٣٩٥] : (**لا مؤقتاً**) و« المنهاج » فقال [ص ٣٢٠] : (**ولو قال : « وقفت هٰذا سنة » . . فباطلٌ**) وقال السبكي : قوله : (**وقفته سنة**) فيه تأقيت ، وسكوت عن المصرف ، فللبطلان سببان ، فإن ذكر مصرفاً ؛ بأن قال : (علىٰ زيد سنة) . . ففيه تأقيت

---

(١) فتح العزيز (٦/٢٦٦) ، التذنيب (ص ٦٠٩) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٦٥) .

(٣) المحرر (ص ٢٤١) .

وانقطاع آخر ، أو (على الفقراء سنة) . . فتأقيت فقط .

قلت : إنما قصد « المنهاج » وغيره التمثيل للمؤقت ، أما السكوت عن المصرف . . فهو مذكور بعد هـٰذا ، فلم يحتج إلى التصريح بحكمه هنا .

وقال السبكي : ذكر القاضي أبو الطيب والمتولي وغيرهما المسألة من صور منقطع الآخر ، ومقتضاه : أن يكون **الأصح** : صحة الوقف مؤبداً ، وإليه مال ابن الرفعة ، لكن الإمام قال : إن التأقيت أولىٰ بالفساد من المنقطع الآخر[1] ، والذي قاله هو الصواب ، وهو الموافق لترجيح الرافعي : فساد الوقف من أصله[2] ، وهو الذي نختاره سواء كان الوقف علىٰ معين أم علىٰ جهة لا تضاهي التحرير ، أما ما يضاهي التحرير . . فأنا أميل فيه إلىٰ ما قاله الإمام من الصحة مؤبداً .

٢٩٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**فإن وقف علىٰ من يجوز ثم علىٰ من لا يجوز . . بطل الوقف في أحد القولين ، ويصح في الآخر ، ويرجع إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف**) فيه أمران :

أحدهما : أن **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] .

ثانيهما : أنه لا يحتاج إلىٰ ذكر من لا يجوز ، بل يكفي أن يقف علىٰ من يجوز ممن ينقرض سواء ذكر بعده من لا يجوز أو سكت ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٢٠] : (**ولو قال** : « **وقفت علىٰ أولادي** » **أو** « **علىٰ زيد ثم نسله** » **ولم يزد**) ، و« الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**وإن انقطع**) ، وتعبير « المنهاج » عن الصرف إلىٰ أقرب الناس إلى الواقف بـ (الأظهر)[4] يقتضي أن الخلاف أقوال ، وفي « الروضة » أوجه[5] ، قال الإمام : ولعلها تخريجات ابن سريج[6] .

٢٩٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٦] : (**وهل يختص به فقراؤهم أو يشترك فيه الأغنياء والفقراء ؟ فيه قولان**) **أصحهما** : الأول ، وعن ابن سريج : القطع به ، وحكاه الماوردي عن الجمهور[7] ، وإذا قلنا بالاختصاص . . فهل هو علىٰ سبيل الوجوب أو الاستحباب ؟ حكىٰ فيه السرخسي وجهين لا ترجيح فيهما في « الروضة » وأصلها[8] ، وقال في « التوشيح » : الذي يظهر اختصاصه بما إذا كان له أقارب فقراء أو أغنياء ، أما إذا تمحض أقاربه أغنياء . . تعين الصرف إليهم قولاً واحداً ،

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٤٩) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٦٧) .

(٣) الحاوي (ص ٣٩٦) ، المنهاج (ص ٣٢٠) .

(٤) المنهاج (ص ٣٢٠) .

(٥) الروضة (٥/ ٣٢٦) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٥٠) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٥٢٢) .

(٨) فتح العزيز (٦/ ٢٦٨ ، ٢٦٩) ، الروضة (٥/ ٣٢٦) .

قال : وقد وقع عندي هـٰذا في المحاكمات ، وحكمت به .

قلت : هو خلاف المنقول ؛ فقد قال في « الكفاية » : لو كان الكل أغنياء . . فهو كما لو كانوا فقراء وانقرضوا ، وقد قال ابن الصباغ في ذلك : إنه يصرف إلى الفقراء والمساكين ، وقال في « البحر » : الذي نص عليه الشافعي أن الإمام يجعلها حُبساً على المسلمين يصرف غلتها في مصلحتهم ، ثم قال في « التوشيح » : إنه فيما يظهر إنما هو فيما إذا لم يطلب الأغنياء ، واستبد الحاكم بالصرف . . فإنه علىٰ وجه : يراعي الأصلح ويخص به فقراؤهم ، وعلىٰ آخر : يعمم جهة القرابة ، أما إذا طلب الأغنياء الصرف . . فيظهر أن يتعين الصرف إليهم أيضاً ؛ لأنهم أقارب ، والمرعي جهة القرابة ، **والأصح** : أنها قرابة الرحم لا الإرث ، فدل علىٰ أن المراد : الوصلة ، وهي مطلوبة في الأغنياء كما هي مطلوبة في الفقراء ، فمتىٰ طلبوا ومنعوا . . كان في هـٰذا ما يضاد الوصلة التي طلبها الشارع ، ويشهد لهـٰذا قول الوالد في الخلاف المحكي فيما إذا ادعىٰ علىٰ ميت أو صبي . . هل يحلف مع البينة وجوباً أو استحباباً ؟ أن هـٰذا الخلاف إنما هو في الحاكم ، أما الخصم إذا طلبه . . قال : فيجب لا محالة . انتهىٰ .

وهو ضعيف جداً .

٢٩٩٢ـ قوله : (**وإن وقف علىٰ من لا يجوز ، ثم علىٰ من يجوز . . فقد قيل : يبطل قولاً واحداً ، وقيل : فيه قولان ، أحدهما : يبطل ، والآخر : يصح**)[1] فيه أمران :

أحدهما : لم يصحح الرافعي والنووي واحداً من الطريقين ، وإنما صححا البطلان على الجملة[2] ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٢٠] : (**المذهب : بطلانه**) وذلك يدل علىٰ طريقين من غير دلالة علىٰ ترجيح أحدهما ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، وصحح الماوردي طريقة القطع بالبطلان[4] ، وحكاها في « المطلب » عن الجمهور .

ثانيهما : لا يتوقف تصوير منقطع الأول علىٰ أن يقف أولاً علىٰ من لا يجوز ، بل لو سكت عن المصرف أولاً ثم ذكر بعده مصرفاً صحيحاً مؤبداً . . كان من ذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٢٠] : (**ولو كان الوقف منقطع الأول ؛ كـ « وقفته علىٰ من سيولد لي »**) لكن في هـٰذا المثال نقص ، وينبغي أن يقول : (ثم على الفقراء) ، وإلا . . كان **منقطع الأول والآخر** ، فإن قلنا بالبطلان في منقطع الأول فقط فهنا أولىٰ ، وإلا . . **فالأصح** : بطلانه أيضاً .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٦) .

(٢) فتح العزيز (٦/٢٦٩) ، الروضة (٥/٣٢٧) .

(٣) الحاوي (ص ٣٩٦) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٢٣) .

٢٩٩٣ـ قول « التنبيه » تفريعاً على الصحة في منقطع الأول [ص ١٣٦] : (**وإن كان ممن يمكن اعتبار انقراضه كالعبد**) إلىٰ أن قال : (**وقيل : يكون لأقرباء الواقف إلىٰ أن ينقرض ثم يصرف إلىٰ من يجوز الوقف عليه**) هـٰذا هو الأصح تفريعاً علىٰ هـٰذا الضعيف .

٢٩٩٤ـ قوله : (**وإن وقف علىٰ رجل بعينه ثم على الفقراء فرد الرجل . . بطل في حقه ، وفي حق الفقراء قولان**)[1] صحح النووي في « تصحيح التنبيه » : أنه يصح في حق الفقراء ، قال : ومصرفه كمنقطع الأول وحكمه ما سبق[2] .

وقوله : (ومصرفه كمنقطع الأول) أي : أنه من حين الوقف إلى انقراض الرجل يكون مصرفه مصرف منقطع الأول ، وقد سبق حكمه ؛ يعني : الأقوال من الأقرب إلى الواقف وغيره ، والذي في « الروضة » وأصلها في هـٰذه الصورة : أنه منقطع الأول[3] ، وقد عرفت أن الوقف المنقطع الأول باطل ، فتصحيح الصحة حينئذ معترض ، وإنما يتمشىٰ علىٰ ما حكاه ابن الرفعة : من أن المأخذ في حق الفقراء الخلاف في أن تلقي البطن الثاني من الواقف أو من البطن الأول ، أو الخلاف في تفريق الصفقة ، وقال في « المهمات » : في هـٰذه الصورة المعروفة البطلان .

٢٩٩٥ـ قوله : (**وإن وقف وسكت عن السبل . . بطل في أحد القولين**)[4] هو الأظهر عند الجمهور ، وهو مفهوم من اعتبار « الحاوي » الموقوف عليه في قوله [ص ٣٩٥] : (**علىٰ أهل تمليكه**) ، ثم قال : (**وعدم معصية العامة**)[5] ، وممن اختار الصحة الشيخ أبو حامد وصاحبا « المهذب »[6] و« الشامل » والروياني وابن أبي عصرون ، قال السبكي : وأنا أميل إليه ، ثم قال بعد ذلك : والذي أقوله : أنه متىٰ قال : (لله) . . صح لا شك عندي في ذلك ؛ لحديث أبي طلحة ، قال : (هي صدقة لله)[7] ، وأما إذا اقتصر علىٰ (وقفت هـٰذا) . . فلم يقو عندي اختيار الصحة فيه ؛ لأنه قد يريد : وقفته لمصالحي ، وما أشبه ذلك . انتهىٰ .

قال الرافعي : واحتجوا لهـٰذا القول بأنه لو قال : (أوصيت بثلث مالي) واقتصر عليه . . تصح الوصية ، وتصرف إلى الفقراء والمساكين ، قال : وهـٰذا إن كان متفقاً عليه ، فالفرق مشكل[8] ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٦) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/٤١٨) .
(٣) فتح العزيز (٦/٢٦٩) ، الروضة (٥/٣٢٧ ، ٣٢٨) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٣٦) .
(٥) الحاوي (ص ٣٩٥) .
(٦) المهذب (١/٤٤٢) .
(٧) أخرجه البخاري (١٣٩٢) ، (٢١٩٣) ، ومسلم (٩٩٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٧٥) .

قال النووي في «الروضة» : الفرق أن غالب الوصايا للمساكين ، فحمل المطلق عليه بخلاف الوقف ؛ ولأن الوصية مبنية على المساهلة ، فتصح بالمجهول والنجس ، وغير ذلك بخلاف الوقف . انتهى[1] .

فهٰذان فرقان واضحان ، ومع ذلك فليست مسألة الوصية متفقاً عليها ؛ ففي « الكفاية » عن المتولي : أنه إذا أوصىٰ بثلث ماله ، ولم يعين الجهة . . كان في صحة الوصية الخلاف المذكور .

٢٩٩٦ـ قولهم : (**ولا يجوز تعليقه**)[2] استثني منه : التعليق بالموت ؛ كقوله : (وقفت داري على الفقراء بعد موتي) ، فأفتى الأستاذ أبو إسحق وساعدوه بوقوع الوقف بعد الموت كعتق المدبر ، قال الإمام : وهو تعليق على التحقيق ، بل زائد عليه ؛ فإنه إيقاع تصرف بعد الموت[3] .

وقال الرافعي : هٰذا كأنه وصية ؛ لقول القفال في « فتاويه » : لو عرضها على البيع . . كان رجوعاً[4] .

وقال السبكي ما معناه : إن ما أفتىٰ به الأستاذ نص الشافعي وكلام المتولي يوافقانه ، ولا أرىٰ أن فيه خلافاً عندنا ، وإن قال ابن الرفعة : أن الخلاف يطرقه . . فليس كما قال . انتهىٰ .

٢٩٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٠] ـ واللفظ له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**والأصح : أنه إذا وقف بشرط ألا يؤجر . . اتُّبع شرطه**) حكى الرافعي تصحيحه عن الإمام والغزالي[5] ، وأرسل تصحيحه في « الشرح الصغير » و« أصل الروضة »[6] .

وفهم من اتباع شرطه في منع الإجارة أنه لا يمتنع على الموقوف عليه في هٰذه الصورة الإعارة ، وبه صرح السبكي ؛ وعلله : بأن من ملك منفعة . . ملك إعارتها ، وقد يتوقف في ملكه المنفعة لكونه ممنوعاً من الإجارة ، ويقال : إنما ملك أن ينتفع كما قلنا بمثل ذلك في المستعير ، **وعلى الأصح** في منع الإجارة لو كان الوقف علىٰ جماعة تهايئوا في السكن وأقرعوا بينهم ، قاله الجوري ، وقال : لو كان الوقف عبداً أو حيواناً . . فنفقته علىٰ من هو في يده .

قال ابن الرفعة : ويظهر هنا وجوب المهايأة ؛ لأن بها يتم مقصود الوقف وينحفظ ، فإن إخلاءَهُ مفسدة .

قال السبكي : وهٰذا بعيد ؛ فإنه لا يجب على الموقوف عليه أن يسكن ، ومقصود الواقف يتم بإباحة الانتفاع .

---

(١) الروضة (٥/٣٣١) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٣٧) ، و« الحاوي » (ص ٣٩٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٠) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣٥٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٧٠) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣٩٧) ، و« الوجيز » (١/٤٢٦) ، و« فتح العزيز » (٦/٢٧٣) .
(٦) الروضة (٥/٣٢٩ ، ٣٣٠) .

٢٩٩٨ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٨] : (**والمسجد حر**) أخذ منه أنه لا اختصاص لأحد من المسلمين به ، فيرد عليه ما إذا خصه الواقف بطائفة معينة ، وقد ذكره « المنهاج » بقوله [ص ٣٢٠ ، ٣٢١] : (**وأنه إذا شرط في وقف المسجد اختصاصه بطائفةٍ كالشافعية . . اختص كالمدرسة والرباط**) وفيه أمور :

أحدها : أنه يحتمل أن يكون المراد : اختصاص تلك الطائفة بالصلاة فيه حتىٰ لا يشاركهم في ذلك غيرهم ، وعبارة القفال وصاحب « البيان » موافقة له[١] ، ويحتمل أن يكون المراد : إقامة الصلاة فيه علىٰ شعار الشافعي ومذهبه ، وعبارة الغزالي في « البسيط » والرافعي موافقه له[٢] .

ثانيها : اختار السبكي أنه لا يختص إذا صرح بجعله مسجداً ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ وَأَنَّ ٱلْمَسَٰجِدَ لِلَّهِ﴾ وقوله عليه الصلاة والسلام : « إن المساجد لم تُبْنَ لهـٰذا »[٣] ، إلا أن يريد : أن لا يقام في المسجد إلا شِعَارُ مذهب خاص . . فيتبع في ذلك ما لم يكن ذلك ذا بدعة .

ثالثها : قال الرافعي : الخلاف فيما إذا وقف داراً ليصلي فيها أصحاب الحديث ، فإذا انقرضوا . . فعلىٰ عامة المسلمين ، أما إذا لم يتعرض للانقراض . . فقد ترددوا فيه[٤] ، وقال النووي : يعني : اختلفوا في صحة الوقف ؛ لاحتمال انقراض هـٰذه الطائفة ، **والأصح أو الصحيح** : الصحة[٥] .

قال في « المهمات » : ومدرك التردد احتمال انقراض هـٰذه الطائفة ، فيكون منقطع الآخر ، قال : وقد جزم القفال في « فتاويه » بصحة هـٰذا الوقف ، وأنه لو بقي واحد . . كان له منع الغير .

رابعها : قوله : (**كالمدرسة والرباط**) تنظير وليس بتمثيل ؛ فإنه متفق على الاختصاص فيهما ، والمقبرة تترتب على المسجد ، وأولىٰ بالاختصاص إلحاقاً لها بالمدرسة .

٢٩٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**ولو وقف علىٰ شخصين ثم الفقراء فمات أحدهما . . فالأصح المنصوص : أن نصيبه يُصرف إلى الآخر**) في « الروضة » وأصلها أنه يحكىٰ عن نصه في « حرملة » ، ومقابله عن أبي علي الطبري : أنه للمساكين ، قال الرافعي : **والقياس** : وجه ثالث ، وهو : أن لا يصرف إلىٰ صاحبه ولا إلى المساكين ، ويقال : صار الوقف في نصيب الميت منقطع الوسط ، قال في « الروضة » : معناه :

---

(١) البيان (٨/٩٨)
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٧٣ ، ٢٧٤) .
(٣) أخرجه مسلم (٥٦٨) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٧٤) .
(٥) انظر « الروضة » (٥/٣٣١) .

يكون مصرفه مصرف منقطع الوسط لا أنه يجيء خلاف في صحة الوقف[1] .

وقال في « المهمات » : هٰذا الترجيح الذي ذكره للوجه الثالث ذكره أيضاً في « الشرح الصغير » ، ولم يذكر ترجيح غيره أصلاً ، ومقتضاه : أن يكون هو الراجح عنده ، وفي بعض نسخ « الكبير » (أحدهما) بدل (أظهرهما) ، وأسقط في « الروضة » كون الثالث وجهاً ، وحكاه في صورة البحث ، وصرح الرافعي في أول الباب الثاني بحكايته وجهاً . انتهىٰ[2] .

وأخذ ابن الرفعة في « المطلب » كلام الرافعي علىٰ ظاهره ، فقال : في قوله : منقطع الوسط ؛ أي : حتىٰ يأتي في صحته ومصرفه إذا صح ما تقرر فيه .

فصل

[فيما لو وقف علىٰ أولاده وأولاد أولاده]

٣٠٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**قوله : « وقفت علىٰ أولادي وأولاد أولادي » يقتضي التسوية بين الكل**) قال ابن الرفعة : ومن يقول : (الواو) للترتيب . . ينبغي أن يقدم الأولاد ، ولم يذكروه ؛ أي : وقد حكى الماوردي في صفة الوضوء عن أكثر أصحابنا : أنها للترتيب[3] ، ومنع الجمهور دخول (أل) علىٰ (كل) ، وأجَازَهُ الأخفش والفارسي .

٣٠٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢١] : (**وكذا لو زاد : « ما تناسلوا » ، أو « بطناً بعد بطن »**) قد يقتضي أن ذلك له مدخل في الدلالة على التسوية ، وليس كذلك ، بل ذلك لا يقتضي تسوية ولا ترتيباً ، فتأتي مع (الواو) و(ثم) ولا تغير معناهما ، وإنما يقتضي التعميم ، فقوله : (**ما تناسلوا**) بمنزلة وإن سفلوا ؛ فكأنه قال : وعلىٰ أعقابهم ما تناسلوا ، والضمير في (تناسلوا) لأولاد الأولاد ؛ أي : هم وأنسالهم علىٰ سبيل المجاز ؛ ليفيد فائدة زائدة ، وقوله : (**بطناً بعد بطن**) أي : يعم ، فيشارك البطن الأسفل البطن الأعلىٰ ؛ ولذلك كان قول « الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**والواو للشركة ، وإن زاد : « ما تناسلوا » ، أو « بطناً بعد بطنٍ »**) أحسن ، وما ذكراه من أن هاتين اللفظتين تدلان على التعميم دون الترتيب . . قال السبكي : لم أره لغير البغوي والرافعي[4] ، قال : والذي يقتضيه كلام الماوردي وقاله جماعة ـ **وهو الصحيح** ـ : أن اسم الولد إن شمل ولد

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٢٧٥) ، الروضة (٥/ ٣٣٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٧٧) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١/ ١٣٩) .

(٤) انظر « التهذيب » (٤/ ٥٢٣) ، و« فتح العزيز » (٦/ ٢٦٧ ، ٢٧٧) .

الولد . . فكالمسألة الآتية ، وإلا ـ **وهو الأصح** ـ . . كان مرتباً بين البطنين فقط ، فإذا انقرض الأول . . كان للثاني ، ثم ليس لأولادهم شيء ، بل إن ذكر مصرفاً آخر . . صرف إليه ، وإلا . . كان منقطع الآخر[١] .

وحكىٰ في « المهمات » عدم الترتيب أيضاً عن أبي عاصم العبادي والفوراني ، والترتيب عن البندنيجي والماوردي والإمام والغزالي وصاحب « الذخائر »[٢] ، قال : وصححه القاضي حسين وصاحب « التعجيز » ، وأفتىٰ به الشيخ تقي الدين بن رزين ، قال في « المهمات » : وكأن الرافعي لم يمعن علىٰ هـٰذه المسألة ؛ فإنه نقل الترتيب عن بعض أصحاب الإمام[٣] ، وهو مقطوع به في كلام الإمام نفسه ، قال : ولفظة (بعد) أصرح في الترتيب من (ثم) و(الفاء) وغيرهما ، وقد جزم فيها بالترتيب .

قلت : لم يتعين في لفظة (بعد) الدلالة علىٰ أن استحقاق البطن الثاني مشروط بانقراض الأول ؛ فقد يكون معناها الدلالة على استحقاق البطن الكائن بعد البطن الأول ولو لم ينقرض الأول ، فيكون معنى البعدية : تعميم استحقاق من وجد بعدُ ، لا تقييد استحقاقه بوجوده منفرداً بعد الذي قبله ، والمسألة محتملة نقلاً وبحثاً ، وفي « المهمات » : أن عدم الترتيب مردود نقلاً وبحثاً ، وليس كذلك .

٣٠٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢١] : (**ولو قال : « علىٰ أولادي ثم أولاد أولادي ثم أولادهم ما تناسلوا » ، أو « علىٰ أولادي وأولاد أولادهم الأعلىٰ فالأعلىٰ » ، أو « الأول فالأول » . . فهو للترتيب**) ظاهره اعتبار قوله : (**ما تناسلوا**) في صورة (ثم) دون صورة (الأعلىٰ فالأعلىٰ) ، أو (الأول فالأول) ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٤] .

وقال السبكي : **الظاهر** : أنه لا بد منه في سائر الصور ، وإلا . . اقتضى الترتيب بين البطنين ، ويكون بعدهما منقطع الآخر ، ولم يذكره « الحاوي » في شيء من الصور ، فقال [ص ٣٩٧] : (« **وثم** » ، و« **الأعلىٰ فالأعلىٰ** » ، و« **الأول فالأول** » ، و« **الأقرب فالأقرب** » **للترتيب**) ، وهو أخف إيراداً ؛ لأن مقصوده بيان صور الترتيب ، وأما اشتراط التأبيد . . فمعلوم مما تقدم .

قال النووي : ومراعاة الترتيب لا تنتهي عند البطن الثالث ، بل يعتبر الترتيب في جميع البطون ، صرح به البغوي وغيره[٥] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٢٨) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٢٨) ، و« نهاية المطلب » (٨/٢٦٦) ، و« الوجيز » (١/٤٢٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٧٦) .

(٤) فتح العزيز (٦/٢٧٧) ، الروضة (٥/٣٣٥) .

(٥) الروضة (٥/٣٣٥) ، وانظر « التهذيب » (٤/٥٢٣) .

٣٠٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢١] : (**ولا يدخل أولاد الأولاد في الوقف على الأولاد في الأصح**) فيه أمران :

أحدهما : قال في « أصل الروضة » : هٰذا الخلاف عند الإطلاق ، وقد يقترن باللفظ ما يقتضي الجزم بخروجهم ؛ كقوله : وقفت علىٰ أولادي ، فإذا انقرضوا . . فلأحفادي الثلث والباقي للفقراء[١] ، ونازع ابن الرفعة في هٰذا التمثيل ؛ لاحتمال أنه قدره بعد الانقراض ، وكان له قبله شيء غير مقدّر ، وإنما يظهر فيما إذا قال : فإذا انقرضوا . . فلأحفادي .

ثانيهما : محله أيضاً : إذا وُجد الصنفان ، فإن لم يوجد إلا أولاد أولادٍ . . استحقوا ، قاله المتولي وغيره ، وهٰذا يرد علىٰ إطلاق « الحاوي » أن الولد لا يتناول الحافد[٢] .

٣٠٠٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٧] : (**وعلى الموالي مع المعتق والعتيق . . فاسدٌ ، أو لهما . . رُجِّح كلٌّ**) تبع فيه « المحرر » فإنه قال : (رجح كلاً مرجحون)[٣] ، ونقل في « شرحه الكبير » تصحيح القسمة عن « التنبيه » والبطلان عن الغزالي[٤] ، واقتصر في « الشرح الصغير » علىٰ ترجيح الغزالي ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٢١] : (**قُسِمَ بينهما ، وقيل : يبطل**) ، فترجيح القسمة من زيادته التي لم يميزها ، وقال في زيادة « الروضة » : **الأصح** : الأول[٥] ؛ يعني : القسمة ، وقد صححه أيضاً الجرجاني في « التحرير »[٦] ، وحكىٰ في « المهمات » تصحيحه أيضاً عن القفال الكبير وابن القطان والفوراني والقاضي أبي الطيب ، قال : ونص عليه كما في « المطلب » ، وقال ابن الرفعة في « المطلب » والسبكي : إنه لم ير في « التنبيه » تصحيحاً ؛ فلعل النسخ مختلفة ، وقد عرفت تصويرهم المسألة بلفظ الجمع ، فلو عبر بلفظ المولىٰ . . فكذلك عند القاضي أبي الطيب وابن الصباغ ، وقال الإمام : لا يتجه الاشتراك مع الإفراد ، وينقدح مراجعة الواقف[٧] .

٣٠٠٥ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٧] : (**ومع واحدٍ له**) أي : إذا لم يكن له عند الوقف إلا أحدهما . . تعين ، فلو طرأ الآخر بعد ذلك . . قال شيخنا ابن النقيب : يظهر عند من يشرّك أن يدخل كالوقف على الأخوة ثم حدث آخر[٨] .

---

(١) الروضة (٥/٣٣٦) .

(٢) الحاوي (ص ٣٧٩) .

(٣) المحرر (ص ٢٤٣) .

(٤) فتح العزيز (٦/٢٨٠) ، وانظر « التنبيه » (ص ١٣٨) ، و« الوجيز » (١/٤٢٧) .

(٥) الروضة (٥/٣٣٨) .

(٦) التحرير (١/٤٤١) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٠٢ ، ٤٠٣) .

(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٣٥) .

قلت : فيه نظر ؛ لأن إطلاق الموالي على الفريقين من الاشتراك اللفظي ، وقد دلت القرينة علىٰ إرادة أحد معنييه ، وهي : الانحصار في الوجود ، فصار المعنى الآخر غير مراد ، وأما عند عدم القرينة . . فيُحمل عليهما احتياطاً أو عموماً علىٰ خلاف في ذلك في الأصول ، بخلاف الوقف على الأخوة ؛ فإن الحقيقة واحدة ، وإطلاق الاسم علىٰ كل واحد من المتواطيء ، فمن صدق عليه هٰذا الاسم . . استحق من الوقف وإن لم يوجد عند الوقف ، إلا أن يقيد بالموجودين حالة الوقف . . فيتبع تقييده ، والله أعلم .

٣٠٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢١] : (**والصفة المتقدمة علىٰ جُمل معطوفة تُعتبر في الكل ؛ كـ « وقفت علىٰ محتاجي أولادي وأحفادي وإخوتي » ، وكذا المتأخرة عليها والاستثناء إذا عُطف بـ « واو » كقوله : « علىٰ أولادي وأحفادي وإخوتي المحتاجين » ، أو « إلا أن يفسق بعضهم »**) فيه أمور :

أحدها : أن هٰذا المثال من عطف المفرادات لا من عطف الجمل ، إلا أن يقدر لكل واحد عامل ، وهو بعيد ، وقد سلم « الحاوي » من ذلك ؛ فإنه لم يمثل[1] .

قال في « المهمات » : **الصواب** : تمثيله بـ (وقفت علىٰ فلان داري) ، و(سبلت علىٰ أقاربي ضيعتي) ، و(حبست علىٰ عتقاي بستاني) ، وقد ذكره الإمام في الأصول[2] ، ثم قال في « المهمات » : لا بد من أحد مسلكين ؛ إما الأخذ بمثالهم ، وتجوّزوا بلفظ الجمل ، فلو كانت جملاً حقيقة . . لم يَعُد إلى الجميع ، وإما الأخذ بما قالوه في الجمل ، فالمفردات بطريق الأولىٰ ، لكن يبعد القول به في الصفة المتقدمة على الجمل ؛ لأن المفردات معطوفة علىٰ ما أضيفت إليه الصفة ، فالمضاف مقدر في الكل ، بخلاف الجمل ؛ فإن كل واحدة مستقلة ، والصفة مع الأولىٰ خاصة ، وأما المتأخرة . . فعودها إلى الكل صحيح ، قال : **والظاهر** : ما قالوه في الصفة المتأخرة لا المتقدمة على الجمل ، وفي الإطلاق من « الروضة » وأصلها : أن **الظاهر** : عود الاستثناء للأخيرة فقط ، ومثله بقوله : إن شاء الله[3] .

ثانيها : تقييد الاستثناء بحالة العطف بـ (الواو) ، يخرج العطف بـ (ثم) ، وقد سبقه إليه الإمام[4] ، والمعتمد إطلاق الأصحاب العطف ؛ ولذلك لم يقيده « الحاوي » بالواو[5] ، وصرح

---

(١) الحاوي (ص ٣٩٧) .
(٢) البرهان في أصول الفقه (١/ ٢٦٦) .
(٣) فتح العزيز (٦/ ٢٨٢) ، الروضة (٥/ ٣٤١) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٦٦) .
(٥) الحاوي (ص ٣٩٦) .

المتولي بعود الشرط إلى الجملتين ولو كان العطف بـ (ثم) ، حكاه عنه في « الروضة » وأصلها في تعدد الطلاق ، وأقراه[1] .

والشرط قسم من الاستثناء ، صرح به الرافعي[2] ، وقال السبكي : **الظاهر** : أنه لا فرق بين العطف بـ (الواو) ، و(ثم) ، ورأيت لشيخنا الإمام البلقيني في فتوىٰ بخطه ما يوافقه ، وهو الحق ، والله أعلم .

ثالثها : حكىٰ في « الروضة » وأصلها عن الإمام قيدين :

أحدهما : ما تقدم .

والآخر : أن لا يتخلل بين الجملتين كلام طويل ، فإن تخلل ؛ كقوله : (علىٰ أن من مات منهم وأعقب . . فنصيبه بين أولاده للذكر مثل خط الأنثيين ، وإن لم يُعْقبْ . . فنصيبه للذين في درجته ، فإذا انقرضوا . . فهو مصروف إلىٰ إخوتي إلا أن يفسق أحدهم) . . فالاستثناء يختص بالإخوة . انتهىٰ[3] .

فما بال « المحرر » و« المنهاج » تبعاه في أحد القيدين دون الآخر[4] .

فصل

[إلىٰ من ينتقل ملك رقبة الموقوف ؟]

٣٠٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وينتقل الملك في الرقبة بالوقف عن الواقف في ظاهر المذهب ، فقيل : ينتقل إلى الله تعالىٰ ، وقيل : إلى الموقوف عليه ، وقيل : فيه قولان**) فيه أمران :

أحدهما : أن قوله : (**فقيل : ينتقل**) ، قال النووي في « التحرير » : كذا ضبطناه بالفاء عن نسخة « المصنف » وأكثر النسخ بالواو ، **والصواب** : الأول ، وبه ينتظم الكلام[5] .

ثانيهما : **الأصح** : طريقة القولين ، **والأظهر** منهما : انتقاله إلى الله **تعالىٰ** ، وعليه مشي « المنهاج » و« الحاوي »[6] ، وعبر في « الروضة » بالمذهب ؛ لأجل الطرق[7] ، ومحل

---

(١) فتح العزيز (٦/ ٢٨٢) ، الروضة (٥/ ٣٤١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٢٨٢) .

(٣) فتح العزيز (٦/ ٢٨٢) ، الروضة (٥/ ٣٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (٨/ ٣٦٥) .

(٤) المحرر (ص ٢٤٣) ، المنهاج (ص ٣٢١) .

(٥) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٣٨) .

(٦) الحاوي (ص ٣٩٨) ، المنهاج (ص ٣٢٢) .

(٧) الروضة (٥/ ٣٤٢) .

الخلاف : فيما يقصد به تملك الريع ، أما المسجد والمقبرة . . فهو فك عن الملك كتحرير الرقبة ، فينقطع عنها اختصاص الآدميين قطعاً ، قال في « الكفاية » : ويلتحق بذلك كما حكاه الإمام الربط والمدارس[1] ، وفي « التتمة » : أن المسجد لو شغله غاصب بماله . . ضمن أجرته ، وصرفت في مصالح المسجد ، وأفتىٰ قاضي القضاة تقي الدين بن رزين بصرفها في مصالح المسلمين ، قال السبكي : وما قاله في « التتمة » أصح .

٣٠٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٢] : (**ومنافعه ملكٌ للموقوف عليه يستوفيها بنفسه وبغيره بإعارةٍ وإجارةٍ**) ، وهو منطوٍ في قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**إنه يملك المنفعة**) ومحله : عند الإطلاق ، فلو قال : وقفت داري ليسكنها من يعلم الصبيان في هـٰذه القرية . . فله أن يسكنها ، وليس له إسكان غيره بأجرة ولا غيرها ، ولو وقفها علىٰ أن تستغل وتصرف غلتها إلىٰ فلان . . تعين الاستغلال ، ولم يجز له سكناها ، كذا في « أصل الروضة » عن « فتاوى القفال » وغيره[2] ، وهو واضح .

لكن في الرافعي في (الوصية) : لو قال : أوصيت لك بمنافعه حياتك . . فليس بتمليك ، فليس له الإجارة ، وفي الإعارة وجهان[3] ، والقياس في « المهمات » : جريانهما هنا ، وفي الوصية أيضاً : لو قال : أوصيت لك بأن تسكن هـٰذه الدار . . فهو إباحة ، بخلاف : أوصيت لك بسكناها ، كذا ذكره القفال وغيره ، لكن في قوله : (استأجرتك لتفعل كذا) وجه أنها إجارة ذمة ، فمقتضاه : أن لا يفرق هنا بين قوله : بأن تسكنها ، أو بسكناها ، وذلك يأتي هنا أيضاً كما في « المهمات » .

٣٠٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**فإن أتت بولد . . فقد قيل : يملكه الموقوف عليه ملكاً يملك التصرف فيه بالبيع وغيره ، وقيل : هو وقف كالأم**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، ومحل الخلاف : في حادث بعد الوقف ، فإن كانت حين الوقف حاملاً ، فإن قلنا هناك : إنه وقف . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان ، بناء علىٰ أن الحمل هل له حكم ؟ قال في « الكفاية » : فإن لم يعلم . . فللواقف ، قاله الماوردي .

ومحله أيضاً : عند الإطلاق ، أو شرطه للموقوف عليه ، فلو وقف علىٰ ركوب زيد . . فالولد للواقف ، قاله البغوي ، ورجحه الرافعي[5] ، وقيل : كمنقطع الآخر .

ومحله أيضاً : أن يكون الولد من نكاح أو زنا ، فلو كان من وطء الشبهة . . فعلى الواطىء قيمته للموقوف عليه **على الأصح** .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٨/٣٤٠) .
(٢) الروضة (٥/٣٤٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/١٠٩) .
(٤) الحاوي (ص ٣٩٨) ، المنهاج (ص ٣٢٢) .
(٥) انظر « التهذيب » (٤/٥٢٥) ، و« فتح العزيز » (٦/٢٨٥) .

٣٠١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٢] : (**ولو ماتت البهيمة . . اختص بجلدها**) محله : ما لم يدبغه ، فإن دبغه . . فوجهان ، **رجح** في « التتمة » : عوده وقفاً .

٣٠١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وفي التزويج ثلاثة أوجه ، أحدها : لا يجوز بحال ، والثاني : يجوز للموقوف عليه ، والثالث : يجوز للحاكم**) **الأصح** : الثالث ، وهو جوازه للحاكم ، لكن بإذن الموقوف عليه ، وقد ذكر « المنهاج » صحة تزويجها(١) ، و« الحاوي » أن الحاكم يزوج بمشاورة الموقوف عليه(٢) ، وحكى السبكي هـٰذا عن المراوزة ، وأن العراقيين قالوا : لا يحتاج إلىٰ مشاورته .

قال الرافعي : ويلزم منه أن الموقوف عليه إذا قلنا أنه يزوج . . يشاور الواقف(٣) .

قال في « الكفاية » : صرح به مجلي . انتهىٰ .

والمراد : تزويجها من أجنبي ، أما من الموقوف عليه . . فلا يجوز **على الصحيح** ، وحمل في « المهمات » ما تقدم في التزويج علىٰ ما إذا كان النظر لمن قلنا : الملك له ، فإن شرط الواقف النظر لنفسه، أو لأجنبي . . فالناظر هو الذي يزوج ، كما صرح به الماوردي ، وتبعه في «المطلب» .

قلت : **الظاهر** : أنه ليس قيداً لكلام الأصحاب ، بل هو وجه مخالف للمعظم ، وعلىٰ ذلك مشى الروياني في « البحر » .

٣٠١٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وإن أتلف . . اشترىٰ بقيمته ما يقوم مقامه**) أعم من قول « المنهاج » [ص ٣٢٢] : (**والمذهب : أنه لا يملك قيمة العبد الموقوف إذا أُتلف ، بل يُشترىٰ بها عبد ليكون وقفاً مكانه ، فإن تعذر . . فبعض عبدٍ**) و« الحاوي » [ص ٣٩٩] : (**ويشتري ببدل العبد مثله أو شقص ، ويوقف**) ، وعبارة « المنهاج » تفهم أنه يكون وقفاً بمجرد الشراء ، **والمرجح** في « الشرح الصغير » وزيادة « الروضة » : أنه لا بد من إنشاء وقف(٤) ، ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٣٩٩] : (**ويوقف**) وقال المتولي : إن الحاكم يقفه ، قال الرافعي : ويشبه أن يقال : من يباشر الشراء يباشر الوقف ، وهو الحاكم إن قيل : لله ، والموقوف عليه إن قيل : له ، فإن قيل : للواقف . . فوجهان ، ولا يُشْتَرَىٰ عبد بقيمة أمة ، ولا عكسه ، وفي صغير بقيمة كبير وعكسه وجهان ، **أقواهما** عند النووي : المنع ، فإذا اشتُري عبد ، وفضل شيء من القيمة . . **فالمختار** عند النووي : أنه يُشْتَرَىٰ به شقص عبد(٥) .

---

(١) المنهاج (ص ٣٢٢) .
(٢) الحاوي (ص ٣٩٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٨٨) .
(٤) الروضة (٥/٣٥٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٩٥) ، و« الروضة » (٥/٣٥٣ ، ٣٥٤) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه الراجح ، قال : ولا يرد عليه ما إذا أوصىٰ أن يُشْتَرىٰ بثلثه رقاب ، فوجدنا به رقبتين ، وفضلت فضلة لا يمكن شراء رقبة بها . . فإن **الأصح** : صرفها للوارث ؛ لتعذر الرقبة المصرح بها في الوصية ، بخلاف ما نحن فيه .

٣٠١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**فإن جنىٰ خطأً ؛ فإن قلنا : هو له . . فالأرش عليه ، وإن قلنا : لله . . فقد قيل : في ملك الواقف) هو الأصح** ، فلو كان بعد موته . . فهل يؤخذ الأرش من تركته ؟ فيه وجهان ، ويشبهه البناء الموقوف في أرض محتكرة بعد انقضاء الإجارة ولا ريع له ، **فقياسه** : أن تكون الأجرة على الواقف ، لكن أفتىٰ شيخنا الإمام البلقيني بسقوط الأجرة ، وأن لصاحب الأرض قلع البناء .

وزدت عليه : أن لا يغرم أرش النقص ؛ لأنه لم يجد طريقاً سوىٰ هـٰذا ، والله أعلم .

٣٠١٤ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٨] : (**وينفق الموقوف عليه إن لم يشترط ، ثم لا كسب**) مفرع علىٰ أن الملك له ، **والأظهر** : أنه لله تعالىٰ ، فنفقته في بيت المال .

٣٠١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٢] : (**ولو جفت الشجرة . . لم ينقطع الوقف على المذهب ، بل ينتفع بها جِذْعاً**) فيه أمران :

أحدهما : أن الذي في « أصل الروضة » وجهان ، **أصحهما** : لا ينقطع[1] ، ولم يذكر طرقاً ، فمن أين جاء له التعبير بالمذهب ؟

ثانيهما : أن الذي في « أصل الروضة » تفريعاً **على الأصح** ـ وهو منع البيع ـ وجهان :

أحدهما : ينتفع بإجارته جذعاً .

والثاني : يصير ملكاً للموقوف عليه ، واختار المتولي وغيره الوجه الأول إن أمكن استيفاء منفعته منه مع بقائه ، والوجه الثاني إن كانت منفعته في استهلاكه[2] ، فذكر « المنهاج » أحد طرفي اختيار المتولي وغيره[3] ، وكذا في « الحاوي » [ص ٣٩٩] : (**وإن جف الشجر . . ينتفع به**) ، وفي عبارتهما ما يدل **على** التقييد ؛ فإن الذي منفعته في استهلاكه لا ينتفع به جذعاً ، ويسأل عن الفرق بين هـٰذه المسألة وبين جواز بيع حُصُر المسجد الموقوفة إذا بليت .

٣٠١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٢] : (**والأصح : جواز بيع حُصُر المسجد إذا بليت ، وجذوعه إذا انكسرت ولم تصلح إلا للإحراق**) فيه أمران :

أحدهما : أن محل الخلاف : في الحُصُر والجذوع الموقوفة ، أما ما اشتراه الناظر له ولم

---

(١) الروضة (٥/٣٥٦) .

(٢) الروضة (٥/٣٥٦) .

(٣) المنهاج (ص ٣٢٢) .

يقفه ، أو وُهب له فقبله الناظر . . فإنه يباع عند الحاجة قطعاً ، كذا في « أصل الروضة »[1] ، ويرد على القطع أن في « البيان » : كل ما اشْتُرِيَ للمسجد من الحصر والخشب والآجر والطين لا يجوز بيعه ؛ لأنه في حكم المسجد[2] .

ثانيهما : تقييد الجذع المنكسر بأن لا يصلح إلا للإحراق لم يذكره « الحاوي » ، بل اقتصر علىٰ قوله : (**وجذعه المنكسر**) وزاد : (**وداره المنهدمة**)[3] ، وأصل ذلك أن الرافعي والنووي بعد ذكرهما الجذع الذي لا يصلح إلا للإحراق ، قالا : ويجري الخلاف في الدار المنهدمة ، وفيما إذا أشرف الجذع على الانكسار والدار على الانهدام . انتهىٰ[4] .

ولا شك أن جريان الخلاف في هـٰذه الصور بالترتيب ، وأنها أولىٰ بمنع البيع ، فاختار « الحاوي » التسوية ، لكن تقييده الجذع بالمنكسر يخرج المشرف على الانكسار ، والدار بالانهدام يخرج المشرفة علىٰ ذلك ، **والحق** : المنع في هـٰذه الصور ، وقد استبعد السبكي الجواز في الدار ؛ فإن الأرض موجودة ، وقال : **الحق** : منع البيع . انتهىٰ .

وإذا بيعت . . قالوا : يصرف ثمنها في مصالح المسجد ، قال الرافعي : **والقياس** : أن يُشْتَرىٰ بثمن الحصير حصير لا غيرها ، ويشبه أنه مرادهم[5] .

فَصْلٌ

[في النظر على الوقف وشرطه]

٣٠١٧ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**والتولية لعدل كاف نصبه**) أي : ولو نفسه ، كما صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[6] .

٣٠١٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**وإن لم يشترط . . نظر فيه الموقوف عليه في أحد القولين ، والحاكم في الآخر**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، وعبر بالمذهب[7] ، والخلاف في « الروضة » وأصلها وجهان لا قولان[8] ، لكن نشأ التعبير بالمذهب من

---

(١) الروضة (٥/٣٥٨) .

(٢) البيان (٨/٩٩) .

(٣) الحاوي (ص ٣٩٩) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٩٨) ، و« الروضة » (٥/٣٥٧) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٩٨) .

(٦) التنبيه (ص ١٣٧) ، المنهاج (ص ٣٢٣) .

(٧) الحاوي (ص ٣٩٦) ، المنهاج (ص ٣٢٣) .

(٨) فتح العزيز (٦/٢٩٨ ، ٢٩٠) ، الروضة (٥/٣٤٧) .

بنائه علىٰ أقوال المالك ، وعبارة « المحرر » : (الذي ينبغي أن يُفتىٰ به أخذاً من كلام معظم الأئمة : إن كان علىٰ جهة عامة . . فالحاكم ، وإن كان علىٰ معين . . فكذا إن قلنا : الملك لله)[1] .

وقال في « المطلب » : هٰذا في الوقف الذي لا يضاهي التحرير ، أما ما يضاهيه ؛ كالمسجد والمقبرة والرباط . . فالذي يقتضيه كلام الجمهور : أن النظر في ذلك للإمام ، وأن الواقف فيه كغيره .

٣٠١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٣] : (**وشرط الناظر : العدالة والكفاءة والاهتداء إلى التصرف**) كذا في « المحرر »[2] ، وليس في « الحاوي » ولا في « الشرحين » و« الروضة » ذكر الاهتداء للتصرف ، وهو مفهوم من الكفاءة ؛ لأن من لا يهتدي إلى التصرف . . لا كفاءة فيه ، فكأنه بيان وتفسير لها ، ولو فوض النظر إلىٰ متصف بهما فاختلت إحداهما . . انتزع منه .

قال في « المطلب » : ويشبه أن يكون لمن يستحق النظر بعده كموته ، واستبعده السبكي إذا لم ينص عليه الواقف ، وقال : ينظر الحاكم ؛ لأن الثاني لم يجعل له النظر إلا بعد الأول .

وقياس ما ذكره السبكي أن المشروط له النظر أولاً لو رغب عنه . . نظر الحاكم مدة حياته ، فإذا مات . . انتقل للمشروط له بعده ، وقد ذكر السبكي أنه لا ينعزل إلا أن له الامتناع من التصرف ، ويقيم القاضي مقامه ، ورد قول ابن الصلاح : ينصب الحاكم ناظراً ، أو أوله .

٣٠٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**ووظيفته : العمارة والإجارة وتحصيل الغلة وقسمتها**) زاد في « الشرحين » و« الروضة » : (وحفظ الأصول والغلات على الاحتياط)[3] ، وظاهر كلامهم أنه ليس له التولية والعزل ، وكذا ذكر الشيخ عز الدين بن عبد السلام في « القواعد الكبرىٰ » في الطلبة : أن تنزيلهم للمدرس لا للناظر ؛ لأنه أعرف بأحوالهم ومراتبهم .

قال في « المهمات » : وسكت عن الصوفية ، وفي إلحاقهم بالفقهاء نظر .

قلت : ومحل ذلك : إذا لم يصرح الواقف بجعل ذلك للناظر .

وقال السبكي : وتعلق بذلك بعض فقهاء الزمان ظاناً أن كلام الرافعي وغيره للحصر ، فقال : إن تولية التدريس للحاكم لا للناظر ، قال : وعندي أن له ذلك ، وللحاكم الاعتراض فيما لا يسوغ ، وفي ولاية من هو أصلح للمسلمين ، ثم أشار إلىٰ أن التولية مفهومة من القسمة على المستحقين ؛ لأن الاستحقاق بعد التعيين ، فإذا فوض له الصرف . . فقد فوض له ما يستلزمه ، قال : وهل تولية

---

(١) المحرر (ص ٢٤٤) .

(٢) المحرر (ص ٢٤٤) .

(٣) فتح العزيز (٦/ ٢٩٠) ، الروضة (٥/ ٣٤٨) .

المدرس الذي أبهمه الواقف إلا بمنزلة تعيين الفقير الذي أبهمه الموكل في الصدقة ؟ . انتهىٰ .

وحيث جعلنا للناظر العزل . . لم يلزمه بيان مستنده كما أفتىٰ به جمع من متأخري الشافعية ، الشيخ عز الدين الفاروثي والقاضي شهاب الدين بن الجويني ، والشيخ صدر الدين بن الوكيل ، والشيخ [برهان الدين][1] ابن الفركاح ، وأفتىٰ به شيخنا الإمام البلقيني لما سألته عن ذلك ، ووافق هـٰؤلاء الجماعة الشيخ شرف الدين أحمد المقدسي ، لكن قيده بما إذا كان الناظر موثوقاً بعلمه ودينه .

وقال في « التوشيح » : لا حاصل لهـٰذا القيد ؛ فإنه إن لم يكن كذلك . . لم يكن ناظراً ، وإن أراد علماً وديناً زائدين علىٰ ما يحتاج إليه النظار . . فلا يصح ، قال : ثم في أصل الفتيا وقفه من قبل أن الناظر ليس كالقاضي العام الولاية ، فلم لا يطالب بالمستند ؟ وقد صرح شريح في « أدب القضاء » بأن متولي الوقف إذا ادعىٰ صرفه على المستحقين وهم معينون وأنكروا . . فالقول قولهم ، ولهم المطالبة بالحساب ، وكذا قال غيره ، وحكىٰ وجهين في أنه هل للإمام مطالبته بالحساب إذا لم يكونوا معينين ؟ . انتهىٰ .

قلت : **الحق** : تقييد المقدسي ، وله حاصل ؛ فليس كل ناظر يقبل قوله في عزل المستحق من وظيفته من غير إبداء مستنده في ذلك إذا نازعه المستحق ؛ فإن عدالته ليست قطعية ، فيجوز أن يقع له الخلل ، وعلمه بذلك قد يختل ، فيظن ما ليس بقادح قادحاً ، بخلاف من تمكن في العلم والدين ، وكان فيه قدر زائد علىٰ ما يكفي في مطلق النظار من تمييز بين ما يقدح وما لا يقدح ، ومن ورع وتقوىٰ يحولان بينه وبين متابعة الهوىٰ ، وقد قال شيخنا الإمام البلقيني في « حاشية الروضة » مع فتواه بما تقدم : إن عزل الناظر للمدرس وغيره تهوراً من غير طريق مسوغ لا ينفذ ، ويكون قادحاً في نظره ، فيحمل كل من جوابيه علىٰ حالة كما قدمته ، والله أعلم .

ويشهد لكلام الشيخ هـٰذا ما في « زيادة الروضة » قبيل الغنيمة عن الماوردي : أن ولي الأمر إذا أراد إسقاط بعض الأجناد المثبتين في الديوان بسبب . . جاز ، وبغير سبب . . لا يجوز[2] .

٣٠٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**وللواقف عزل من ولاه ونصب غيره ، إلا أن يشرط نظره حال الوقف**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يتناول ما إذا سكت عن النظر ؛ لأنه لم يخرج منه إلا حالة شرطه النظر لذلك الشخص ، والاستثناء معيار العموم ، وفي حالة سكوته لا نظر له ، وإنما النظر للحاكم **على الصحيح** كما تقدم ، فكيف يولي ويعزل ؟

---

(١) في (أ) : (شهاب الدين) ، وفي (ب) : (بهاء الدين) والمثبت من (ج) ، (د) .
(٢) الروضة (٦/٣٦٧) .

ثانيهما : أنه يفهم جواز العزل بلا سبب ، وفيه ما تقدم ، وملخصه : أنه لا يجوز له فيما بينه وبين الله تعالىٰ فعل ذلك إلا بسبب يقتضيه ، وأنه إن وثق بعلمه وورعه . . لم يحتج إلىٰ بيان السبب ، وإلا . . احتيج إليه ، والله أعلم .

٣٠٢٢ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٦] : (**ويأخذ ما شرطه له**) أي : وإن زاد علىٰ أجرة المثل ، كما صرح به الماوردي ، ويتناول أيضاً : **ما إذا شرط الواقف النظر والمعلوم لنفسه** ، **والأرجح في** « الروضة » : جوازه[١] ، لكن يتقيد بأجرة المثل ، كما قال ابن الصلاح[٢] ، ولا يجوز الزيادة إلا من أجاز الوقف علىٰ نفسه ، فالممتنع صورة واحدة ، وهي : ما إذا جمع بين شرطه لنفسه وزيادته علىٰ أجرة المثل ، فإن لم يشرط شيئاً . . ففي استحقاق الأجرة الخلاف في مسألة الغسال ، وإذا قلنا **بالأصح** : أنه لا أجرة له ، فرفع الناظر الأمر إلى الحاكم ليقرر له أجرة . . فهو كما إذا تبرم الولي بحفظ مال الطفل ورفع الأمر إلى القاضي ليثبت له أجرة ، قاله شيخنا الإمام البلقيني .

قلت : مقتضىٰ تشبيهه بالولي أن يأخذ مع الحاجة ؛ إما قدر نفقته كما رجحه الرافعي هناك[٣] ، وإما الأقل من نفقته وأجرة المثل كما قاله النووي[٤] ، وقد صرح ابن الصلاح في « فتاويه » بأنه يستقل به من غير حاكم ، وذلك يأتي هنا ، والله أعلم .

٣٠٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٣] : (**وإذا أجر الناظر فزادت الأجرة في المدة أو ظهر طالبٌ بالزيادة . . لم ينفسخ العقد في الأصح**) احترز بالناظر عما إذا أجر الموقوف عليه بحق الملك وجوزناه . . فإن العقد لا يتأثر بالزيادة قطعاً كإجارة المطلق .

٣٠٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**فإن وقف على الفقراء . . جاز أن يصرف إلىٰ ثلاثة منهم**) يستثنىٰ منه : ما إذا وقف علىٰ فقراء بلد معين وكانوا محصورين . . فإنه يجب استيعابهم كما ذكره النووي في « التصحيح » و« الروضة » في (الوصية)[٥] ، والوقف مثله ، وقد ذكره شيخنا الإسنوي في (الوقف) في « تصحيحه » بلفظ الصواب[٦] ، وقد يفهم منه جواز الصرف للمكفي بنفقة غيره اللازمة له ؛ فإنه فقير في نفسه ، لكن **الأظهر** في « الشرح الصغير » : المنع .

٣٠٢٥ـ قوله : (**وإن وقف علىٰ قبيلة كبيرة . . بطل في أحد القولين ، وصح في الآخر ، ويجوز أن يصرف إلىٰ ثلاثة منهم**)[٧] **الأظهر** : الثاني .

---

(١) الروضة (٥/٣٥١ ، ٣٥٢) .
(٢) فتاوى ابن الصلاح (١/٣٦٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٩٣) .
(٤) انظر « النووي » (٥/٣٥١) .
(٥) تصحيح التنبيه (١/٤٣٧) ، الروضة (٦/١٨٤) .
(٦) تذكرة النبيه (٣/٢٢٤) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٣٨) .

٣٠٢٦ـ قول « الحاوي » [ص ٣٩٩] : (**وإن اندرس شرط الواقف . . يسوَّىٰ**) فيه أمران :

أحدهما : قال الرافعي بعد ذكره هـٰذا : وحكىٰ بعض المتأخرين أن الوجه التوقف إلى اصطلاحهم ، وهو القياس[1] ، وما ذكره عن بعض المتأخرين جزم به الإمام في « النهاية »[2] .

ثانيهما : قال في « الروضة » : قولهم : (جعل بينهم) هو فيما إذا كان في أيديهم ، أو لا يد لواحد منهم ، أما لو كان في يد بعضهم . . فالقول قوله[3] .

٣٠٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٧] : (**فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة . . انفسخت الإجارة**) محله : فيما إذا كان هو الذي عقدها بنفسه ؛ لكون الواقف جعل لكل مستحق النظر علىٰ حصته خاصة ، والانفساخ من حين الموت دون الماضي **في الأظهر** ، أما لو أجر الناظر المطلق . . لم تنفسخ الإجارة بموت الموقوف عليه ، ولا بموت الناظر ، وقد سبق إيضاح ذلك في الإجارة حيث ذكره « المنهاج »[4] .

قال في « الكفاية » : فلو أجر البطن الأول بدون أجرة المثل وجوزناه . . فيظهر هنا الجزم بالانفساخ .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٩٣) .

(٢) نهاية المطلب (٨/٤٠٦) .

(٣) الروضة (٥/٣٥٢) .

(٤) المنهاج (ص ٣١٣) .

كتاب الهبة

٣٠٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٤] : (**التمليك بلا عوض هبة**) قد يقال : إنه أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٠٠] : (**الهبة : تمليك بلا عوض**) لاقتضاء العبارة الثانية حصر الهبة في التمليك ، مع أن الهبة قد لا يكون فيها تمليك ، كما إذا أهدىٰ لغني من لحم أضحية أو هدي أو عقيقة . . فإنه لا يملكه كما صرحوا به في بابه ، وعبارة « المنهاج » لا تقتضي حصر الهبة في ذلك .

٣٠٢٩ـ قوله : (**فإن : ملك محتاجاً لثواب الآخرة . . فصدقةٌ**)[١] فيه أمران :

أحدهما : أن الإعطاء بقصد التقرب صدقة ، وإن كان لغني غير محتاج كما ذكروه في موضعه ، وممن صرح به النووي في « شرح المهذب » ، ونفى الخلاف فيه[٢] ، قال السبكي : فما ذكره هو أظهر أنواع الصدقة ، والغالب منها فلا مفهوم له . انتهىٰ .

ولذلك لم يذكر « الحاوي » الحاجة فقال [ص ٤٠٠] : (**ولثواب الآخرة . . صدقةٌ**) .

ثانيهما : أنه لو ملك شخصاً لحاجته من غير استحضار ثواب الآخرة . . ينبغي أن يكون صدقة أيضاً ، كما ذكره السبكي ، وحينئذ . . فينبغي الاقتصار في تعريف الصدقة علىٰ أحد الأمرين : إما حاجة المملك ، أو قصد ثواب الآخرة .

٣٠٣٠ـ قوله : (**فإن نقله إلىٰ مكان الموهوب له إكراماً . . فهديةٌ**)[٣] فيه أمور :

أحدها : لو عبر بـ (الواو) كما في « المحرر » . . لكان أحسن[٤] ، لأنه قد يفهم من (الفاء) أنها قسم من الصدقة ، وليس كذلك ، بل هي قسيمتها .

ثانيها : قوله : (**إكراماً**)[٥] هي عبارة « المحرر » و« الشرح الصغير » ، وفي « الروضة » وأصلها : (إعظاماً له أو إكراماً)[٦] ، قال السبكي : **والظاهر** : أنه ليس شرطاً ، والشرط هو النقل ؛ ولهٰذا لا يدخل العقار في الهدية .

ثالثها : ليس في عبارة الغزالي تخصيص الهدية بالمنقول[٧] ، وقد حكاها في « الروضة » في

---

(١) انظر « المنهاج (ص ٣٢٤) .

(٢) المجموع (٦/ ٢٣٢) .

(٣) انظر « المنهاج (ص ٣٢٤) .

(٤) المحرر (ص ٢٤٥) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٢٤) .

(٦) المحرر (ص ٢٤٥) ، فتح العزيز (٦/ ٣٠٥) ، الروضة (٥/ ٣٦٤) .

(٧) انظر « الوجيز » (١/ ٤٢٩) .

(أدب القضاء) ، وأقره عليها ، وصرحوا في النذر بأنه لو قال : لله عليّ أن أهدي هـٰذا البيت أو الأرض أو نحوهما مما لا ينتقل.. صح ذلك ، وباعه ونقل ثمنه ، وذلك يقتضي إطلاق الهدية علىٰ غير المنقول .

رابعها : لا منافاة بين الصدقة والهدية ؛ فقد يجتمعان بأن يملك محتاجاً لثواب الآخرة ، وينقله إلىٰ مكانه إكراماً ، فيكون ذلك صدقة وهدية ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٠٠ ، ٤٠١] : (**وبالنقل إكراماً.. هدية**) فلا يرد عليه الأمر الأول خاصة .

تَنْبِيهٌ

[الهبة أعم من الصدقة والهدية]

قد ظهر بما ذكراه أن الصدقة والهدية نوعان من الهبة ، فهي أعم منهما ، وكل صدقة وهدية هبة ، ولا عكس ، وقد صرح بذلك الرافعي وقال : لو حلف لا يهب ، فتصدق.. حنث ، ولا عكس ، ثم قال : وهـٰذا في التطوع ، أما الزكاة.. فكوفاء الدين ، فلا تمليك فيها من جهة المزكي ، فإذا حلف لا يهب.. لم يحنث بها ، وإذا حلف لا يتصدق.. حنث بها . انتهىٰ[1] .

وهـٰذا يقتضي أن الصدقة من وجه أعم من الهبة ، فبينهما عموم وخصوص من وجه إلا أن يقال : أطلقت الصدقة هنا وأريد بها : صدقة التطوع ، فليست الزكاة داخلة في ذلك ، والعموم المفهوم من اللفظ غير مراد ، والله أعلم .

٣٠٣١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**ولا يصح شيء من الهبات إلا بالإيجاب والقبول**) يستثنىٰ منه : الهدية والصدقة ، فلا يشترط فيهما ذلك ، بل يكفي البعث من هـٰذا والقبض من ذاك ، وقد صرح « المنهاج » و« الحاوي » بالهدية ، فيرد عليهما الصدقة ؛ لاعتبارهما أولاً الإيجاب والقبول[2] ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٢٤] : (**وشرط الهبة : إيجاب وقبول لفظاً**) ، وفي تسميته شرطاً تسامح ، بل هو ركن ، فإن قلت : إذا خرج من كلام « التنبيه » الهدية والصدقة.. فلم جمع الهبات[3] ؟

قلت : ليدخل فيها العمرىٰ والرقبىٰ ، وكما تصح الهبة بإيجاب وقبول.. تصح بالإيجاب والاستيجاب كالبيع ، وقد ظهر بذلك أن « المنهاج » أراد بالهبة في قوله [ص ٣٢٤] : (**وشرط الهبة : إيجاب وقبول**) غير ما أراده أولاً بقوله : (**التمليك بلا عوضٍ هبةٌ**) فأراد هناك : المعنى الأعم

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٠٦) .

(٢) الحاوي (ص ٤٠١) ، المنهاج (ص ٣٢٤) .

(٣) التنبيه (ص ١٣٨) .

المتناول للهدية والصدقة ، وهنا : ما عداهما ، وأما « الحاوي » فإنه مزج تعريف الهبة باعتبار الإيجاب والقبول فيها ، فامتنع أن يريد بهما مَعْنَيَيْنِ مختلفين[1] ، لكنه بعد ذكر الهدية قال : (ويكفي فيها البعث والقبض)[2] ، ولو قال : (فيهما) ليتناول الصدقة ؛ فإنها مذكورة قبلها.. لكان أحسن ، وقد أحسن « الحاوي » بقوله عطفاً على المنفي [ص ٤٠٠] : (أو تأخير قبول).. فصرح باشتراط الفور في القبول ، وليس ذلك في « التنبيه » و« المنهاج » ، لكن يبدر إلى الفهم اعتبار ذلك في الهبة كغيرها من العقود ، والله أعلم .

٣٠٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**ولا تصح إلا من جائز التصرف في ماله غير محجور عليه**) قيل : في قوله : (**غير محجور عليه**) يجوز أن يكون تأكيداً ، ويجوز أن يجعل احترازاً عن المفلس ، والمكاتب يهب دون إذن السيد .

قلت : وإن جُعل جواز التصرف بمعنىٰ إطلاق التصرف.. كان قوله : (**غير محجور عليه**) احترازاً عن المحجور عليه بالسفه ونحوه ، ويكون المراد بجواز التصرف : البلوغ والعقل ، كما قال في البيع : (**لا يصح إلا من مطلق التصرف غير محجور عليه**)[3] ، وقال الرافعي : ترك الغزالي العاقدين ؛ لوضوح أمرهما[4] .

قال في « المهمات » : لكن سيأتي من كلامه في اللقيط في الكلام علىٰ نفقته مسألة هي محل نظر ، وقد توقف هو فيها ، وهي : ما إذا وهب للجهة ؛ كالمساكين واللقطاء.. هل يصح أم لا ؟ وقال هنا : وفي اللقيط بصحة تمليك المسجد ، ويقبله القيم ، ونقل في الوصية عن بعضهم : أنه إذا أوصىٰ للمسجد وأراد تمليكه.. لم يصح ، وقال : تقدم ما يخالفه ، قال في « المهمات » : والمسألة ذات نظر متوقفة علىٰ نقل صريح . انتهىٰ .

وظهر بذلك أن أمر الموهوب له ليس واضحاً ؛ لحصول التردد في أنه هل يشترط فيه التعيين أم لا ؟ بل تصح هبة الجهة ، وعرف الماوردي الموهوب له بأنه : من صح أن يحكم له بالملك من مكلف وغيره[5] .

٣٠٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**فإن قال : « أعمرتك هٰذه الدار وجعلتها لك حياتك ولعقبك من بعدك ».. صح**) عبارة « المنهاج » [ص ٣٢٤] : (**لورثتك**) بدل (**عقبك**) ، وهي

---

(١) الحاوي (ص ٤٠٠) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٤٠١) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٨٧) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٢١) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٥٣٤) .

أوضح ، وجمع في « الروضة » وأصلها بينهما ، فقال : (لورثتك أو لعقبك)[1] ، واستشكل السبكي التعبير بالعقب ؛ فإنه قد لا يكون وارثاً كابن البنت ، وقال : كيف يعدل عن ظاهر لفظه ، ويحمل العقب الذي قد لا يرث على الوارث الذي قد لا يكون عقباً .

ويجاب : بأنهم عدلوا عنه ؛ لأجل الحديث ، وتبعه في « المهمات » ، وبالغ في ذلك ، فقال : إنه متدافع غير مستقيم ، ولا ينبغي هـٰذه المبالغة ؛ لوروده في الحديث ، وغاية ما في ذلك التجوز بحمل العقب على الوارث ، وبينهما اجتماع ، فلا يُنكر في اللغة إطلاقه عليه ، وبتقدير أن يكون العقب علىٰ بابه . . فالمدار في التمليك علىٰ قوله : (أعمرتك) ، ولا عبرة بما بعده من الألفاظ ، وقد يكون معناه : ولعقبك إن كان لك عقب ، وسكت عما إذا لم يكن له عقب .

٣٠٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**وإن لم يذكر العقب . . صح أيضاً ، ويكون له في حياته ولعقبه من بعد موته**) لا يصح التعبير هنا بالعقب ، وإنما هي بعده للورثة ، وقد تسمحنا في لفظ المعمر بذكر العقب اتباعاً للحديث لما قدمناه ، وأما الحكم بأنه بعده لعقبه . . فلا يغتفر ؛ فإنه الآن في بيان الحكم الشرعي ، وهناك في اللفظ الصادر من المعمر .

٣٠٣٥ـ قوله : (**وقيل : فيه قول آخر : أنه باطل ، وقيل : فيه قول آخر** . . . إلىٰ آخره)[2] لا تردد أن فيه قولاً قديماً ، لكن اختلفوا في كيفيته علىٰ وجوه ، **أظهرها** : البطلان ؛ فقوله : (**وقيل فيه قول آخر : أنه باطل**) هو **الأصح** في كيفية هـٰذا القول ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٢٤] : (**ولو اقتصر علىٰ : « أعمرتك » . . فكذا في الجديد**) أي : لم يذكر معه : (هي لك ولورثتك) لا أنه لم يذكر معه شيئاً آخر ؛ فإنه لو ضم إليه : (هي لك عمرك ، أو مدة عمرك ، أو ما عشت ، أو ما حييت) . . فالحكم كذلك .

٣٠٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**وإن قال : « جعلتها لك حياتك فإذا مت رجعت إليَّ » . . بطل في أحد القولين ، وصح في الآخر ، وترجع إليه بعد موته**) **الأصح** : الصحة ، ولا ترجع إلى الواهب ، بل تكون لورثة الموهوب له ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، وهو المحكي في « المهذب » بدل الثاني[4] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وليس لنا موضع يصح فيه العقد مع وجود الشرط الفاسد المنافي لمقتضاه إلا هـٰذا . انتهىٰ .

---

(١) فتح العزيز (٦/٣١١) ، الروضة (٥/٣٧٠) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٣٨) .

(٣) الحاوي (ص ٤٠٠) ، المنهاج (ص ٣٢٤)

(٤) المهذب (١/٤٤٨) .

وقال بعضهم : هـٰذان القولان مفرعان على القديم في المسألة قبلها ، وهما الوجهان المحكيان في كيفيته ، ولم يذكر « التنبيه » التفريع على الجديد ، وهو : الصحة مطلقاً .

قال في « الكفاية » : وجعل البطلان في كلام الشيخ هو الوجه ؛ يعني : المرجوح تفريعاً على الجديد ، والثاني هو القديم في حالة الإطلاق ؛ يعني : المرجوح في كيفيته أخف من أن يقال له : إنك اقتصرت على القديم وما فرعت على الجديد .

قال النشائي : ولا يخفىٰ ما في هـٰذا الاعتذار من إطلاق قول علىٰ وجه مرجوح في التفريعين ، بل اقتصاره على القولين وترك القول بالصحة المطلقة ينافي تصحيح الرقبىٰ ، ولهـٰذا ادعىٰ هنا أنه صحح العمرى استنباطاً من الرقبىٰ . انتهىٰ[1] .

٣٠٣٧ـ قوله : (**وإن قال : « أرقبتك هـٰذه الدار فإن مت قبلي عادت إليّ ، وإن متُّ قبلك استقرت لك »**)[2] لا يحتاج إلىٰ ذكر هـٰذا التفسير ، بل الاقتصار علىٰ قوله : (**أرقبتك**)[3] حكمه كذلك ، وإنما يحتاج إليه مع قوله : (**وهبتك**) ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٢٤] : (**وإن قال : « أرقبتك » أو « جعلتها لك رقبىٰ** ؛ **أي : إن مت قبلي** » . . . إلىٰ آخره) ، فجعل هـٰذا تفسيراً للرقبىٰ لا صادراً من الواهب ، وقال « الحاوي » [ص ٤٠٠] : (**أو وهبت منك عمرك علىٰ أنك إن مت قبلي عاد إليَّ ، وإن مت قبلك استقر عليك ، أو جعلته لك رقبىٰ ، أو أرقبته لك**) ، فذكر هـٰذا التفسير مع لفظ الهبة لا مع لفظ الرقبىٰ ، كما ذكرته .

٣٠٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**صح ، ويكون حكمه حكم العمرىٰ**) كيف يجزم هنا بالصحة ، ويحكي في التي قبلها قولين : البطلان ، أو الصحة والرجوع إليه بعد موته ؟! وهـٰذه أولىٰ بالبطلان مما تقدم ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » في هـٰذه الصورة [ص ٣٢٤] : (**فالمذهب : طرد القولين الجديد والقديم**) أي : ومقابله القطع بالبطلان ، وقال بعضهم : إن المجزوم به هنا في « التنبيه » تفريع على الجديد[4] ، وقوله : (**ويكون حكمه حكم العمرىٰ**) أي : الصورة الأخيرة منها ، لكنه لم يذكر حكم تلك الصورة على الجديد كما تقدم ، وإنما ذكره على القديم ، فأحال علىٰ ما لم يذكره .

٣٠٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**ولا يجوز هبة المجهول ، ولا هبة ما لا يقدر علىٰ تسليمه ، ولا ما لم يتم ملكه عليه كالمبيع قبل القبض**) يفهم صحة هبة ما عدا ذلك ، وإن لم يصح بيعه ؛ فإن

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٢٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٣٨) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٣٨) .

(٤) التنبيه (ص ١٣٨) .

شروط المبيع خمسة ، أشار إلى اعتبار ثلاثة منها ، وهي : العلم به ، والقدرة علىٰ تسليمه ، والملك ؛ لأنه إذا امتنع هبة ما لم يتم ملكه عليه . . فما لم يملكه أصلاً أولىٰ بذلك .

وبقي : أن يكون طاهراً ، منتفعاً به ، فلم يعتبرهما ، وذلك يقتضي صحة هبة الكلب ، وجلد الميتة قبل الدباغ ، والخمرة المحترمة ، وبه جزم النووي في الأواني من زيادته في الجلد[1] ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها هنا تصحيح المنع في الكل[2] ، وحط « الحاوي » الهبة على البيع ، فقال [ص ٤٠٠] : (**فيما يباع**) وذلك يقتضي دورانها معه طرداً وعكساً ، وكذا في « الكفاية » ، واستثنى « المنهاج » حبتي الحنطة ، فقال [ص ٣٢٤] : (**وما جاز بيعه . . جاز هبته ، وما لا . . فلا ، إلا حبتي الحنطة ونحوها**) وهـٰذا الاستثناء ليس في « المحرر » ، وهو ساقط من بعض نسخ « المنهاج » .

وقال شيخنا ابن النقيب : رأيته في أصل المصنف على الحاشية بخطه مصححاً عليه وفوقه (خ) إشارة إلىٰ أنه نسخة ، وقال في « الدقائق » : إنه يصح قطعاً ، قال شيخنا ابن النقيب : وكأنه سبق قلم أو وهم ؛ ففي « شرح الرافعي » في تعريف اللقطة : أن ما لا يتمول ؛ كحبة حنطة وزبيبة . . لا تباع ولا توهب ، وأسقطه في « الروضة » لأنه في ضمن بحث . انتهىٰ[3] .

والحق : الجواز ، وإنما ذكرنا كلام الرافعي ؛ ليعرف الخلاف في ذلك ، وإليه مال السبكي ؛ فإن الصدقة بثمرة تجوز ، وهي نوع من الهبة ، وحينئذ . . فيستثنىٰ ذلك من كلام « الحاوي » ، ودخل في قولهما : (**ما جاز بيعه . . جاز هبته**) المنافع ؛ فإنها تباع بالإجارة ، وفي هبتها وجهان حكاهما الرافعي عن « الجرجانيات »[4] .

وقال في « المهمات » : ذكر الرافعي في الإقرار ما يرجح أنها إعارة ؛ فإنه جعل قوله : (هـٰذه الدار لك هبة سُكنىٰ) إقرار بالعارية . انتهىٰ[5] .

فقوله : (**وهبتك سكناها**) إنشاء للعارية ، وجزم به الماوردي[6] ، ورجح السبكي الوجه الآخر ، وقال : إنها علىٰ ما اقتضاه كلام ابن الرفعة هبة منافع لا تلزم إلا بالقبض ، وقبضها باستيفائها ، فيرجع متىٰ شاء ، وليس قبضها كما في الإجارة بقبض العين ؛ لأن ذاك لأجل استقرار الأجرة والتصرف في المنفعة ، ووافقه علىٰ ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، فحكىٰ عن الشيخ

---

(١) انظر « الروضة » (١/ ٤٣) .
(٢) فتح العزيز (٦/ ٣١٧) ، الروضة (٥/ ٣٧٣ ، ٣٧٤) .
(٣) السراج علىٰ نكت المنهاج (٤/ ٣٥١ ، ٣٥٢) ، وانظر الدقائق (ص ٦٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣١٥ ، ٣١٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٣٩) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٧/ ٦٥) .

أبي حامد : أنه حكىٰ عن الشافعي في القديم : أن كل ما[1] صح أن يلزم بالوصية بعد الوفاة.. جاز أن يلزم بالفعل حال الحياة أصله العتق ، ثم قال : قيل له : يبطل بما إذا أوصىٰ بخدمة عبد لرجل سنة ؛ فإن هـٰذا يلزم بالوصية بعد الموت ، ومع هـٰذا لا يلزم بفعله حال الحياة ؛ لأنه لو ملكه منفعة عبد سنة بغير عوض.. لم يلزمه... إلىٰ آخر كلامه ، قال شيخنا : فقوله : (قيل له) إما أن يكون للشافعي.. فيكون نصاً في مقصودنا ، وإما أن يكون لأبي حامد وهو الأقرب.. فيكون جواب الشيخ يقتضي بقاء عموم كلام الشافعي ، فيكون فيه إشارة إلى المسألة ، قال شيخنا : والذي يظهر أنه يكون مأخوذاً علىٰ طريق الهبة ، وأنه لا يلزم بمجرد إقباض الدار ، بل ما استقر من المنافع.. يلزم فيه كهبة بعض المزوجات نوبتها ، وفائدة ذلك ، وأن لا تكون الدار عارية : أنها لو انهدمت.. لم يضمنها المتهب ، هـٰذا كلام شيخنا في حاشية « الروضة » ، ولكن سماعي منه : أنه تمليك لمنافع الدار يلزم بقبض الدار ، **والحق** : ما ذكره في حاشيته ، وقبله السبكي ، ويوافقه ما في « المهذب » في الإقرار : لو قال : هـٰذه الدار هبة سُكْنَىٰ.. له أن يمنعه من سكناها ؛ لأنه هبة منافع لم يتصل بها القبض ، فجاز الرجوع فيها . انتهىٰ[2] .

علىٰ أن فيه إشكالاً ، وهو : أن استيفاء المنافع إتلاف لها ، فكيف يملكها بعد تلفها ؟ .

٣٠٤٠ـ قول « المنهاج » في أمثلة ما لا يصح بيعه ولا هبته [ص ٣٢٤] : (**ومغصوب**) يستثنىٰ منه : ما إذا وهبه للغاصب أو لغيره ممن يقدر على انتزاعه منه.. فإنه يصح كالبيع ، لكن كيفية الخلاف فيهما مختلفة ، فإن وهبه لقادر على انتزاعه.. صح ، أو لعاجز.. بطل **في الأصح** ، وإن باعه لعاجز.. لم يصح ، أو لقادر.. صح **في الأصح** ، والفرق بينهما أن الهبة لا تملك إلا بالتسليم ، وهو لا يجب حتىٰ يمتنع فيما يمتنع تسليمه بخلاف البيع .

٣٠٤١ـ قوله : (**إن هبة الدين لغير المدين باطلة في الأصح**)[3] ، عبر في « الروضة » بالمذهب[4] ، وصحح جماعة الصحة تبعاً لنص الشافعي ، وهو مبني علىٰ بيعه لغير من هو عليه إن صح ، وهو الأظهر في « الروضة »[5] ، فالهبة أولىٰ ، وإن بطل وهو الأظهر في « المنهاج ».. فوجهان ، **أصحهما** : المنع ، فإن صحت.. ففي لزومها قبل القبض وجهان ، وقيد صاحب « البيان » وغيره الدين بأن يكون مستقراً[6] ، وقيده بعضهم بأن يكون علىٰ مليء باذل .

---

(١) في النسخ : (كلما) ، ولعله سبق قلم ، والصواب ما أثبت .
(٢) المهذب (٢/٣٥٠) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٢٥) .
(٤) الروضة (٥/٣٧٤) .
(٥) الروضة (٥/٣٧١) .
(٦) البيان (٨/١٤٣) .

٣٠٤٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**فإن وهب له ما في يده ، أو رهنه عنده . . لم يصح القبض حتىٰ يأذن له فيه ، ويمضي زمان يتأتىٰ فيه القبض ، وقيل : في الرهن لا يصح إلا بالإذن ، وفي الهبة يصح بغير إذن ، وقيل : فيهما قولان**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : اعتبار الإذن فيهما ، وأما طريقة القطع بذلك . . فقد استغربها الرافعي .

٣٠٤٣ـ قوله : (**ويستحب لمن وهب لأولاده أن يسوي بينهم**)[1] المراد : **أن يعطي الأنثىٰ بقدر** الذكر ، كما أوضحه « المنهاج »[2] ، وقيل : كقسمة الإرث ، ولا يختص ذلك بالأب ، بل الأم والأجداد والجدات كذلك ، وكذا الولد إذا وهب لوالديه . . يستحب التسوية بينهما ، قال الدارمي : فإن فضّل . . فضل الأم ، ولفظ الاستحباب لا يفهم منه كراهة التفضيل مع أنه مكروه ، وله الرجوع ، لكن الأولىٰ أن يعطي الآخر مثله .

٣٠٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**وإن وهب الأب أو الأم أو أبوهما أو جدهما شيئاً للولد . . جاز له أن يرجع فيه**) لو عبر بـ (**سائر الأصول**) كما في « المنهاج » أو بـ (الأصل) كما في « الحاوي » . . لكان أخْصَرَ وأعم[3] .

٣٠٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٨] : (**وإن تصدق عليه . . فالمنصوص : أنه يرجع ، وقيل : لا يرجع**) جزم الرافعي والنووي في باب العارية بالثاني ، وصححه في « الشرح الصغير » هنا ، لكن الأول هو الأظهر عند الرافعي في « الشرح الكبير » والنووي هنا[4] ، وعليه مشى « المنهاج » في بعض نسخه ، وليس في « المحرر » ، وذكر الهدية أيضاً ، فقال : (**والهدية في الرجوع كالهبة ، وكذا الصدقة في الأظهر**) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنما يرجع في التصدق المتطوع به وغير ضيافة الله تعالىٰ ، فأما المتصدق به الواجب في زكاة أو فدية أو كفارة . . فلا رجوع للوالد فيه ، وكذا لو أرسل إليه لحم أضحية تطوع وهو فقير أو غني . . فإنه لا ينبغي أن يرجع ؛ لأنه إنما يرجع ليستفيد التصرف ، والتصرف في مثل هـٰذا ممتنع ، وقال شيخنا : قلته تخريجاً ، ولم أر من تعرض له .

٣٠٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وإن أفلس الموهوب له وحجر عليه وعليه ديون . . فقد قيل : يرجع ، وقيل : لا يرجع**) **الأصح** : أنه لا يرجع ، وهو مفهوم من قول « المنهاج » [ص ٣٢٥] :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٨) .

(٢) المنهاج (ص ٣٢٥) .

(٣) الحاوي (ص ٤٠١) ، المنهاج (ص ٣٢٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٢٢ ، ٣٢٣) ، و« الروضة » (٥/٣٧٩) .

(**وشرط رجوعه : بقاء الموهوب في سلطنة المتهب**) و« الحاوي » [ص ٤٠١] : (**ما يليه**) أي : ما دام باقياً في ولايته .

٣٠٤٧ـ قول « التنبيه » فيما إذا رهنه أو وهبه [ص ١٣٩] : (**لم يرجع**) محله : بعد القبض ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٢٥] : (**لا برهنه وهبته قبل القبض**) .

٣٠٤٨ـ قول «التنبيه» [ص ١٣٩] : (**وإن عاد المبيع أو الموهوب . . فقد قيل : لا يرجع ، وقيل: يرجع**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، ولم يقيدا بالمبيع والموهوب ، بل أطلقا زوال الملك وعوده[1] ، فيرد عليهما ما إذا ارتد الموهوب له وقلنا بزوال ملكه ثم أسلم . . **فالأصح** : الرجوع ، ولو وهبه عصيراً فتخمر وتخلل . . فله الرجوع **على المذهب** ، وحكىٰ بعضهم وجهين في زوال الملك بالتخمر ، ووجهين في عود الرجوع تفريعاً على الزوال .

٣٠٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وإن وطىء الواهب الجارية الموهوبة . . كان ذلك رجوعاً ، وقيل : لا يكون رجوعاً**) **الأصح** : أنه ليس برجوع ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٣٠٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٥] : (**ومتىٰ وهب مطلقاً . . فلا ثواب إن وهب لدونه**) أي : في الرتبة ، وألحق الماوردي بذلك هبة الغني للفقير ؛ لأن المقصود نفعه ، وهبة المكلف لغيره ؛ لعدم صحة الاعتياض منه ، وهبة الأهل والأقارب ؛ لأن المقصود الصلة ، وهبة العدو ؛ لأن المقصود التآلف ، والهبة للعلماء والزهاد ، ولمن أعان بجاه أو مال ؛ لأن المقصود مكافأته[3] ، قال السبكي : فهٰذه الأنواع لا ثواب في هبتهم .

٣٠٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وإن وهب ممن هو أعلىٰ منه . . ففيه قولان ، أحدهما : لا يلزمه الثواب**) ، وهو الأظهر ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، والهدية في ذلك كالهبة ، قال النووي : إنه الظاهر ، وجزم به السبكي ، وأما الصدقة . . فثوابها عند الله ، لا على المتهب قطعاً ، وروىٰ طاووس حديثاً مرفوعاً « الواهب أحق بهبته ما لم يُثَبْ » ، وقال الشافعي : لو اتصل حديث طاووس . . لقلت به[5] ، وقد ذكر بعضهم : أنه وصله ابن عمر وابن عباس وغيرهما[6] ، قال في « المطلب » : وقد قال : إذا صح الحديث . . فهو مذهبي .

---

(١) الحاوي (ص ٤٠١) ، المنهاج (ص ٣٢٥) .

(٢) الحاوي (ص ٤٠١) ، المنهاج (ص ٣٢٥) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٧/٥٤٩) .

(٤) الحاوي (ص ٤٠٠) ، المنهاج (ص ٣٢٥) .

(٥) انظر « معرفة السنن والآثار » (٥/١٦) .

(٦) حديث سيدنا ابن عمر رضي الله عنهما أخرجه الدارقطني (٣/٤٣) ، والحاكم (٢٣٢٣) ، وحديث سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما أخرجه الدارقطني (٣/٤٤) ، والطبراني في « الكبير » (١١٣١٧) .

٣٠٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : **(والثاني : يلزمه ، وفي قدر الثواب أقوال)** رجح الرافعي أنها أوجه[١] ، وعليه مشى « المنهاج » حيث عبر بالأصح[٢] ، وذكر بعضهم أنها مخرجة ، فيصح التعبير عنها بالقول والوجه .

٣٠٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : **(والثاني : يلزمه قدر الموهوب) هو الأصح** تفريعاً علىٰ هـٰذا القول ، وعليه مشى « المنهاج » ، لكنه عبر بقيمة الموهوب[٣] ، ومقتضاه تعين النقد ، وليس كذلك ؛ فإنه لا يتعين للثواب جنس ، بل الخيرة فيه إلى الواهب ، وعبارة « الروضة » والرافعي في كتبه : (قدر قيمة الموهوب)[٤] ، فأسقط « المنهاج » لفظة : (قدر) . . فأوهم ما تقدم ، والمعتبر قيمة يوم القبض ، وقيل : يوم الثواب ، فلو أثابه بقريب من المشروط . . ففي إجباره علىٰ قبوله وجهان ، قال في « الروضة » : **الأصح ، أو الصحيح** : لا يجبر[٥] .

٣٠٥٤ـ قولهما : **(فإن لم يُثِبْه . . فللواهب الرجوع)**[٦] تبين به معنىٰ لزوم الثواب ؛ فإن المتبادر إلى الفهم منه إلزام المتهب به ، وإنما معناه : أنه إن أراد . . أثاب ، واستقر ملكه ، وإن أراد . . رد ، فإذا لم يُثِبْ . . فللواهب أن يرجع فيما وهب .

٣٠٥٥ـ قول « التنبيه » تفريعاً علىٰ لزوم الثواب وعدمه [ص ١٣٩] : **(وإن شرط ثواباً معلوماً . . ففيه قولان) الأظهر** : الصحة ، وقد ذكره « المنهاج »[٧] .

٣٠٥٦ـ قولهما : **(ويكون حكمه حكم البيع)**[٨] مقتضاه : ثبوت خيار المجلس فيه ، لكن **المصحح** في « الروضة » وأصلها في الخيار خلافه ، وخرج شيخنا الإمام البلقيني علىٰ ذلك ما لو أفلس المتهب . . فللواهب الرجوع إن جعلناه بيعاً ، وإلا . . فلا .

٣٠٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٦] : **(أو مجهول . . فالمذهب : بطلانه)** فصل في « التنبيه » ذلك ، وهو : إنا إن قلنا بلزوم الثواب . . صح ، أو بعدم لزومه . . لم يصح[٩] .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٣٠) ، و« المحرر » (ص ٢٤٦) .
(٢) المنهاج (ص ٣٢٥) .
(٣) المنهاج (ص ٣٢٥) .
(٤) المحرر (ص ٢٤٦) ، فتح العزيز (٦/ ٣٣٠) ، الروضة (٥/ ٣٨٥) .
(٥) الروضة (٥/ ٣٨٧) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٥) .
(٧) المنهاج (ص ٣٢٥) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٥ ، ٣٢٦) .
(٩) التنبيه (ص ١٣٩) .

كتاب اللقطة

٣٠٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣١] : (**إذا وجد الحر الرشيد لقطة في غير الحرم في موضع يأمن عليها . . فالأولىٰ : أن يأخذها ، وإن كان في موضع لا يأمن عليها . . لزمه أن يأخذها ، وقيل : فيه قولان في الحالين ، أحدهما : يجب الأخذ ، والثاني : يستحب**) فيه أمور :

أحدها : أن **الأصح** : طريقة القولين في الحالين ، **وأصحهما** : الاستحباب ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] .

ثانيها : محل ذلك : ما إذا وثق بأمانة نفسه ، كما في « المنهاج »[٢] ، وعبر عنه « الحاوي » بـ (أمن الخيانة)[٣] ، قال في « المنهاج » [ص ٣٢٧] : (**ولا يستحب لغير الواثق ، ويجوز في الأصح**) **والمراد به** : من ليس فاسقاً في الحال ، لكنه يخشىٰ طروء الخيانة ، وهل بين التعبير بغير الواثق وخائف الخيانة تفاوت أم لا ؟ اختار ابن الرفعة أن بينهما تفاوتاً ، والسبكي خلافه ، وللسبكي هنا إشكال ، وهو أنهم جزموا في غير الواثق بعدم الاستحباب مع حكاية وجه بالوجوب .

وأجاب عنه : بأن الوجوب لحق المالك ، فالملتقط يجاهد نفسه لأجله ، والاستحباب يمكنه معه الترك ، فأخذه مع الخوف خطر يمكنه اجتنابه .

ثالثها : اختار السبكي الوجوب على الواثق عند خوف الضياع ، كما في « التنبيه » ، وقال : لا يتحقق القول بعدم الوجوب في هـٰذه الصورة عن أحد ، ولا ينبغي أخذه من إطلاق النصين ، وتصرف الأصحاب فيهما ، والنقل أمانة ، فإنا لو سئلنا عمن قال به . . لم نجد من ننقله عنه ، وإن كان كلام أكثر الأصحاب كالصريح فيه ، لكنه تصرف منهم في النص ، بل في « النهاية » و« البسيط » في هـٰذا القسم وجه : أنه لا يستحب ، وهو في غاية البعد ، ومع بعده ينبغي تخصيصه بقاصد التملك ، وإلا . . فلا وجه له[٤] .

رابعها : تقييده ذلك بغير الحرم ليس في « المنهاج » و« الحاوي » وغيرهما ، وقد يفهم أن واجد اللقطة في الحرم لا يجري فيه الطريقان ، وهما التفصيل بين خوف الضياع وعدمه وإجراء القولين في الحالين ، وليس كذلك ، وإنما ذكره لما ذكره بعد ذلك من أنه مخير بين الالتقاط للحفظ والالتقاط

---

(١) الحاوي (ص ٤٠٢) ، المنهاج (ص ٣٢٧) .

(٢) المنهاج (ص ٣٢٧) .

(٣) الحاوي (ص ٤٠٢) .

(٤) نهاية المطلب (٨/٤٥٨) .

للتملك ، ولقطة الحرم يتعين فيها الحفظ ، ولا . . يجوز اختيار تملكها .

خامساً : أورد عليه : أن غير الحرم يشمل دار الحرب ، وحكمه : أنه إن كان فيها مسلم فلقطة ، وإلا . . فغنيمة ، وقيل : للواجد ، ولا يرد عليه ذلك ؛ لأنه إنما تكلم على اللقطة ، وحيث لم يكن فيها مسلم . . ليست لقطة ، فلا يرد عليه إلا أن يقال : هي لقطة صورة وإن لم تكن لقطة حكماً .

٣٠٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**ويستحب أن يشهد عليها ، وقيل : يجب**) عبر عنه « المنهاج » بالمذهب[١] ؛ **لأن الأصح** : فيه طريقة الوجهين ، وقيل : قولان ، وقيل : بالقطع بالمنع ، والمفهوم من لفظ « التنبيه » الإشهاد علىٰ أوصاف اللقطة ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٢٧] : (**على الالتقاط**) ، وكذا قال « الحاوي » [ص ٤٠٢] : (**عليه**) أي : على اللقط المتقدم ذكره ، وفي المسألة وجهان ، صحح البغوي الثاني ، قال : ويجوز أن يذكر جنسها[٢] ، وتوسط الإمام ، وقال : لا يستوعب الصفات ، بل يذكر بعضها[٣] ، وصححه النووي ، ولم يقل بوجوبه علىٰ عينها[٤] ، وفيه احتمال لابن الرفعة ، ثم إن هـٰذا الخلاف أطلقه الرافعي ، وخصه ابن الرفعة بقول الوجوب[٥] .

٣٠٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وإن كان كافراً . . فقد قيل : يلتقط ويملك ، وهو الأصح**) محله : في الذمي ؛ ولذلك عبر به « المنهاج » ، وعبر بالمذهب[٦] ؛ لأن فيه طريقة قاطعة ، وإن كان **الأصح فيه** : طريقة الوجهين .

٣٠٦١ـ قول « التنبيه » في الفاسق [ص ١٣٢] : (**فإذا التقط . . أقر في يده في أحد القولين ، وانتزع في الآخر ، ويسلم إلىٰ ثقة**) **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٧] ، ومحل الخلاف : ما إذا لم تكن العين معرضة للضياع ، فإن كان ممن لا تؤمن غائلته وذهابه بالمال . . انتزعت قطعاً ، قاله في « البسيط » .

٣٠٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وهل ينفرد بالتعريف ؟ فيه قولان**) **الأظهر** : أنه يضم له من يشرف عليه ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٨] .

---

(١) المنهاج (ص ٣٢٧) .
(٢) انظر « التهذيب » (٤/٥٤٨) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٤٥٤) .
(٤) انظر « الروضة » (٥/ ٣٩٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٣٩ ، ٣٤٠) .
(٦) المنهاج (ص ٣٢٧) .
(٧) الحاوي (ص ٤٠٢) ، المنهاج (ص ٣٢٧) .
(٨) الحاوي (ص ٤٠٤) ، المنهاج (ص ٣٢٧) .

٣٠٦٣ـ قولهما : (**وينزع الولي لقطة الصبي**)[١] يقتضي استقلاله بذلك ، ولا خلاف فيه ، لكن عبارة الشافعي رضي الله عنه : (ضمها القاضي إلىٰ وليه)[٢] وأوِّلت بما إذا رفعت إليه ، وقال ابن الرفعة : إنه أحوط ، ولو قيل باشتراطه . . لم يبعد .

٣٠٦٤ـ قولهما : (**ويتملكها للصبي إن رأىٰ ذلك حيث يجوز الاقتراض له**)[٣] قال ابن الصباغ : عندي يجوز مع منع الاقتراض ؛ لإلحاقه بالاكتساب ، وقال النووي : إنه شذوذ عن الأصحاب ، وضعيف دليلاً[٤] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس ضعيفاً ؛ لأنه وإن كان اقتراضاً . . لا يتحقق فيه طلب البدل ، فقد لا يظهر الطالب ، وهو الكثير ، فهو متحقق الانتفاع متوهم المطالبة ، والمحقق لا يترك للمتوهم ، بخلاف الاقتراض من معين .

٣٠٦٥ـ قولهما : (**ويضمن الولي إن قصَّر في انتزاعه حتىٰ تلف في يد الصبي**)[٥] هو مفرع علىٰ صحة التقاطه لا علىٰ مقابله ، قاله المتولي ، وخص الإمام ذلك بقولنا : إن أخذه لا يُبرىء الصبي ، وإلا . . فيضمن[٦] ؛ لتركه الصبي في ورطة الضمان ، ويجوز أن يضمن أيضاً وإن جعلنا أخذه مُبْرِئاً ، والمجنون في ذلك كالصبي ، وكذا السفيه ، إلا أنه يصح تعريفه دونهما .

٣٠٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وإن كان الواجد عبداً . . ففيه قولان**) **الأظهر** : بطلان التقاطه ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٧] ، ومحل ذلك : إذا لم يأمره السيد به ولم ينهه عنه ، فإن قال : (متىٰ وجدت لقطة . . فخذها وأتني بها) . . فقيل : بالقولين ، وقيل : يصح قطعاً ، وإليه ميل الإمام[٨] ، وفي « الشرح الصغير » : أن هـٰذه الطريقة أقوىٰ ، وقوى السبكي ذلك إن نوىٰ سيده ، ولو نهاه . . فقطع الإصطخري بالمنع ، وقواه النووي[٩] ، وطرد أكثرهم القولين .

قال ابن الرفعة : وهـٰذا ظاهر إن قصد سيده ، فإن قصد نفسه . . ظهر قول الإصطخري .

٣٠٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٧] : (**ولا يُعتدُّ بتعريفه**) مفرع علىٰ أنه لا يصح التقاطه ، فإن

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٤٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٧) .
(٢) انظر « مختصر المزني » (ص ١٣٥) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٧) .
(٤) انظر « الروضة » (٥/٤٠١) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٧) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٦٩) .
(٧) الحاوي (ص ٤٠٤) ، المنهاج (ص ٣٢٧) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٦٣) .
(٩) انظر « الروضة » (٥/٣٩٧) .

صححناه . . صح تعريفه ، كما صرح به « التنبيه »[1] ؛ أي : ولو بغير إذن السيد في **الأصح** .

٣٠٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**فإن تلفت في يده . . ضمنها في رقبته**) **الأصح** فيما إذا علم سيده بها ولم ينتزعها منه : أنه لا يختص التعلق بالرقبة ، بل يتعلق بسائر أموال السيد أيضاً ، فإن أقرها في يده وهو أمين ، فلا ضمان ، أو خائن . . تعلق بالسيد أيضاً ، وهل يزول التعلق برقبة العبد ؟ نقل فيه الماوردي وجهين[2] ، وكلام الرافعي والنووي يقتضي بقاؤه ؛ فإنهما لم يتعرضا للخلاف إلا في الأمين[3] ، وبه يشعر كلام السبكي ، لكن جزم الروياني والقاضي حسين والجرجاني بزواله .

٣٠٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وإن كان مكاتباً . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه كالحر يعرف ويملك**) هو الأظهر إن كانت كتابته صحيحة ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٢٧] : (**المذهب : صحة التقاط المكاتب كتابةً صحيحة**) ، ولا يفهم من ذلك تصحيح طريقة القطع ؛ **فالأصح** : طرد القولين فيه ، لكن **الأصح** هنا باتفاق الأصحاب : الصحة ، وعليه مشى « الحاوي » ، ولم يقيدها بالصحيحة[4] .

٣٠٧٠ـ قول « التنبيه » تفريعاً علىٰ منع التقاطه [ص ١٣٢] : (**فإذا أخذ . . انتزع الحاكم من يده وعرفه ، ثم يتملك المكاتب**) **الأصح** تفريعاً عليه : أنه لا يتملك ، بل يحفظها الحاكم لصاحبها .

٣٠٧١ـ قوله : (**فإن كان نصفه حراً ونصفه عبداً . . فهو كالحر على المنصوص**)[5] لو عبر بـ (البعض) كـ « المنهاج » و« الحاوي »[6] . . لكان أحسن ؛ ليتناول ما إذا كانت حريته أقل من النصف وأكثر منه .

٣٠٧٢ـ قوله : (**وإن كان بينهما مهايأة . . فهل تدخل اللقطة فيها ؟ فيه قولان**)[7] **الأظهر** : دخولها ، فيكون لصاحب النوبة ، وعليه مشى « المنهاج »[8] ، والاعتبار بيوم الالتقاط **على الصحيح** ، وقيل : بيوم التملك .

---

(١) التنبيه (ص ١٣٢) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٨/١٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٤٤ ، ٣٤٥) ، و« الروضة » (٥/٣٩٦) .
(٤) الحاوي (ص ٤٠٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٠٢) ، المنهاج (ص ٣٢٧) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) .
(٨) المنهاج (ص ٣٢٧) .

فَصْلٌ

[في التقاط الممتنع من صغار السباع]

٣٠٧٣ـ قولهم في الممتنع من صغار السباع : (**إن وُجد بمفازة.. فللقاضي التقاطه للحفظ**)[١] ، قال السبكي : ينبغي أن يكون ذلك عند خوف الضياع بحيث يكون أخذه أحفظ لها ، وإلا .. فلا ينبغي أن يتعرض لها .

٣٠٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٣] : (**وإن كان غيره.. فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : الجواز ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، ومحل الخلاف : في زمن الأمن ، فيجوز في زمن الفساد قطعاً ، وفي الرافعي عن صاحب « التلخيص » : أنه استثنىٰ : ما إذا وجد بعيراً في أيام منىٰ في الصحراء مقلداً تقليد الهدايا.. فحكىٰ عن النص : أنه يأخذه ، ويعرفه أيام منىٰ ، فإن خاف فوت وقت النحر.. نحره ، ويستحب استئذان الحاكم ، ثم قال الرافعي : ولك أن تقول : الاستثناء غير منتظم وإن قلنا : يؤخذ ؛ لأن الأخذ الممنوع منه إنما هو الأخذ للتملك ، ولا شك أن هـٰذا البعير لا يؤخذ للتملك[٣] .

وقال النووي : قد سبق في جواز أخذ البعير لآحاد الناس للحفظ وجهان ، فإن منعناه.. ظهر الاستثناء ، وإن جوزناه ـ **وهو الأصح** ـ.. ففائدة الاستثناء جواز التصرف فيه بالنحر[٤] .

واعترضه في « المهمات » : بأن الكلام في الأخذ لا في التصرف ، قال : علىٰ أن الالتقاط المذكور كما أنه ليس للتملك ليس للحفظ ، فإن فيه تصرفاً ، فيقال للرافعي : والأخذ الجائز أيضاً إنما هو للحفظ وليس هـٰذا له ، إلا أن هـٰذا لا يدفع سؤال الرافعي .

٣٠٧٥ـ قولهم : (**ويحرم التقاطه لتملك**)[٥] يستثنىٰ : زمن النهب والفساد ، فيجوز أخذه للتملك في الصحراء وغيرها ، قاله المتولي ، وأقروه عليه ، وإذا عرف مالكه ، فأخذه ليرده عليه ، قاله الماوردي ، قال : ويكون أمانة في يده إلىٰ أن يصل إليه ، حكاه عنه في « الكفاية » ، وأقره[٦] .

٣٠٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٣] فيما إذا التقطه للتملك : (**ضمن ، وإن سلمه إلى الحاكم..**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٨) .
(٢) الحاوي (ص ٤٠٤) ، المنهاج (ص ٣٢٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٣٧٦/٦) .
(٤) انظر « الروضة » (٤١٧/٥) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٨) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٢٨/٨) .

بريء من الضمان) هو في كلام الرافعي والنووي أصح الوجهين[1] ، واستشكله في « المهمات » لأنه غاصب ، وفي أخذ الحاكم المال المغصوب اضطراب ، **والمنصوص** : أنه لا يأخذه .

٣٠٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٨] : **(وإن وُجد بقرية . . فالأصح : جواز التقاطه للتملك)** في معنى القرية ما هو قريبٌ منها ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » و« الحاوي » لأن المسألة مأخوذة من مفهوم تعبير « التنبيه » في المنع بالمهلكة ، و« الحاوي » بالمفازة[2] ، وما قرب من القرية ليس مهلكة ولا مفازة ، وقد تردد في « الروضة » وأصلها في أن هـٰذا الخلاف قولان أو وجهان[3] ، وقال في « الشرح الصغير » : وجهان ، وقيل : قولان .

٣٠٧٨ـ قولهم فيما لا يمتنع منها ـ والعبارة « للمنهاج » ـ : **(ويتخير آخذه من مفازةٍ ؛ فإن شاء عَرَّفَهُ وتملكه ، أو باعه وحفظ ثمنه وعرفها ثم تملكه ، أو أكله وغرم قيمته إن ظهر مالكه)**[4] فيه أمور :

أحدها : ذكر الماوردي خصلة رابعة ، وهو : أن يتملكها في الحال ليستبقيها حية لِدَرٍّ أو نسلٍ ، قال : لأنه لما استباح تملكها مع استهلاكها . . فأولىٰ أن يستبيح تملكها مع استبقائها[5] .

فإن قلت : قد ذكر « التنبيه » خصلة رابعة غير هـٰذه ، وهو : حفظها علىٰ صاحبها[6] .

قلت : تكلم « المنهاج » و« الحاوي » على التقاطها للتملك[7] ، وليس من أقسام ذلك : حفظها علىٰ صاحبها ، وإنما هو قسيم الالتقاط للتملك ، وتكلم صاحب « التنبيه » على الأعم ، فدخل هـٰذا القسم ، وهو الالتقاط للحفظ .

فإن قلت : فهل له بعد الالتقاط للحفظ التملك ؟

قلت : فيه وجهان حكاهما الماوردي ، وحكىٰ في عكسه ـ وهو رفع ملكه عنها بعد تملكها ـ وجهين أيضاً ، وعلى الجواز ، فهي مضمونة[8] .

ثانيها : قال في « المهمات » : سيأتي فيما إذا التقط ما يمكن تجفيفه كالرطب أنه إن كان الحظ في بيعه . . باعه ، وإن كان في تجفيفه . . جففه ، **وقياسه هنا** : وجوب مراعاة الأحظ .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٥٤) ، و« الروضة » (٥/ ٤٠٣) .
(٢) التنبيه (ص ١٣٣) ، الحاوي (ص ٤٠٣) .
(٣) فتح العزيز (٦/ ٣٥٤) ، الروضة (٥/ ٤٠٣) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٨) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٧) .
(٦) التنبيه (ص ١٣٣) .
(٧) الحاوي (ص ٤٠٣) ، المنهاج (ص ٣٢٨) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٨) .

قلت : صرح به الماوردي ، فقال في اختيار البيع : جاز إن كان البيع أحظ من الاستبقاء[1] .

ثالثها : ذكر « المنهاج » جميع الضمائر لعودها علىٰ ما لا يمتنع ، إلا قوله في الخصلة الثانية : (**باعه وحفظ ثمنه وعرفها**) ، وصحح بخطه فوق قوله : (**وعرفها**) ، وهو عائد على اللقطة ، ولم يقل : (وعرفه) لئلا يتوهم عوده إلى الثمن ، وذكر « الحاوي » جميع الضمائر ، ولو أنثاها كما فعل « التنبيه » . . لكان أولىٰ ؛ لعودها على اللقطة .

رابعها : قد يفهم من تعبير « المنهاج » استقلال الملتقط بالبيع[2] ، وليس كذلك ، وإنما يبيع بإذن الحاكم **على الأصح** ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ١٣٣] : (**فإن أراد البيع . . دفع إلى الحاكم ، فإن لم يكن . . باع بنفسه وحبس ثمنه**) و« الحاوي » فقال [ص ٤٠٣] : (**باع بالحاكم إن كان**) .

خامسها : تعبير « التنبيه » في الخصلة الأولىٰ بقوله [ص ١٣٣] : (**يُعرفها سنة ثم يتملكها**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٢٨] : (**عرفه وتملكه**) لدلالة التعبير بـ (ثم) علىٰ أن التملك بعد التعريف ، إلا أن تدخل في تعبير « المنهاج » بـ (الواو) الخصلة الرابعة التي حكيناها عن الماوردي ، ونقول : عبارته شاملة ؛ لتقدم التعريف على التملك ، ولتقدم التملك على التعريف ، **والظاهر** : أن ذلك غير مقصود له ؛ لأنه لم يحك هـٰذه الخصلة الرابعة في كتبه ، بل اقتضىٰ كلامه نفيها ، فحكىٰ في « الروضة » تبعاً للرافعي فيما لا يؤكل كالجحش ونحوه وجهاً بجواز التملك في الحال ، **وصحح** : المنع إلا بعد التعريف علىٰ ما هو شأن اللقطة[3] .

سادسها : قول « التنبيه » [ص ١٣٣] : (**فهو بالخيار بين أن يحفظها علىٰ صاحبها ويتبرع بالإنفاق عليها**) قد يفهم تعيين التبرع عند إرادة الحفظ ، وليس كذلك ، بل إن أراد الرجوع . . أنفق بإذن الحاكم ، فإن لم يجد حاكماً . . أشهد كما في نظائره ، وقيد الماوردي الرجوع حيث أذن الحاكم ، أو أشهد بما إذا لم يكن حمىً للمسلمين ، فإن كان . . فلا رجوع له ، بل هو متطوع بالنفقة .

وقال الروياني : أذن له الحاكم يوماً أو يومين ، ولا يزيد علىٰ ذلك ، فإن جاء صاحبها ، وإلا . . باعها . انتهىٰ .

فهـٰذان شرطان لإذن الحاكم في النفقة : فقد الحمىٰ ، وعدم الزيادة علىٰ يومين ، وحكى الماوردي في الرجوع عند الإشهاد للعجز عن الحاكم وجهين[4] ، قال الإمام : ويجوز بيع جزء منها

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٨) .

(٢) المنهاج (ص ٣٢٨) .

(٣) الروضة (٥/٤٠٣) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٧) .

لنفقة باقيها ، وفيه احتمال لشيخه ؛ لأنه يؤدي إلىٰ أن تأكل نفسها[1] ، وقطع به أبو الفرج الزاز ، قال : ولا يستقرض على المالك أيضاً لهـٰذا المعنىٰ ، قال الرافعي : لكنه يخالف ما سبق في هرب الجمَّال ونحوه[2] ، قال النووي : الفرق بينه وبين هرب الجمال ظاهر ؛ فإن هناك لا يمكن البيع لتعلق حق المستأجر ، وهنا يمكن ، فلا يجوز الإضرار بمالكها من غير ضرورة[3] .

واعترضه الإسنوي والبلقيني : بأن البيع ممكن في هرب الجمال أيضاً ، والإجارة لا تمنع البيع ، ولا يتخرج على الخلاف في بيع المستأجر ؛ لأنه محل ضرورة ، كما ذكروه في موضعه .

٣٠٧٩ـ قول « الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**ويأكله إن فسد ؛ كالشاة ، أو في الصحراء**) تبع فيه الغزالي[4] ؛ فإنه لما ذكر ما يفسد كالطعام . . قال : وفي معناه : الشاة ؛ فإنه طعام ، ويحتاج إلى العلف ، ومقتضاه : جواز أكلها في العمران ، وعليه مشىٰ في « التعليقة » ، والأكثرون علىٰ خلافه ، وعليه مشى « التنبيه » و« المنهاج » ، وعبر عنه بالأصح[5] ، وتبع « المحرر » في كون الخلاف وجهين[6] ، وهو في « الروضة » و« الشرحين » قولان[7] ، وحمل البارزي كلام « الحاوي » على الشاة التي تفسد لمرض ونحوه ، وقال بعضهم : لعل قوله : (**أو في الصحراء**) من غلط النسخ ؛ إذ بحذفها . . لا إيراد .

٣٠٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**وإن وجد جارية تحل له . . لم يجز أن يلتقطها للتملك ، بل يأخذها للحفظ**) مفهومه أنها إذا كانت لا تحل له كمجوسية ومحرمة ، أو كان عبداً . . فله التقاطه للتملك ، وهو كذلك بشرط كونه غير مميز ، أو يكون الزمان زمان نهب ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » ، إلا أنه لم يذكر الحالة الثانية ، فقال : (**ويجوز أن يلتقط عبداً لا يميز**)[8] .

قال شيخنا ابن النقيب : وكذا أمةٌ ، وعبر في « المحرر » بالمملوك[9] ، وهو أقرب إلى الشمول ، ولو عبر بـ(الرقيق) كـ« الروضة » . . لكان أحسن[10] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٤٨٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٥٦) .
(٣) انظر « الروضة » (٥/ ٤٠٤) .
(٤) انظر « الوجيز » (١/ ٤٣٥) .
(٥) التنبيه (ص ١٣٣) ، المنهاج (ص ٣٢٨) .
(٦) المحرر (ص ٢٤٩) .
(٧) فتح العزيز (٦/ ٣٦٧) ، الروضة (٥/ ٤٠٣) .
(٨) المنهاج (ص ٣٢٨) .
(٩) المحرر (ص ٢٤٩) .
(١٠) الروضة (٥/ ٣٩٩) ، وانظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/ ٣٧١) .

قلت : قد ذكر ابن حزم الظاهري أن لفظ العبد يتناول الأمة[1] .

٣٠٨١ـ قولهم في الهريسة ونحوها : (**إنه مخير بين أن يأكل وبين أن يبيع**)[2] قد يفهم استواء الأمرين ، وليس كذلك ، فالمستحب البيع ، كما قاله القاضي أبو الطيب .

٣٠٨٢ـ قول « التنبيه » في الهريسة ونحوها [ص ١٣٣] : (**فإن أكل . . عزل قيمته مدة التعريف ، وعرف سنة ثم يتصرف فيها** ، **وقيل : يعرف ، ولا يعزل القيمة**) فيه أمور :

أحدها : **أن الأصح** : الثاني ، وهو أنه لا يعزل القيمة ؛ لأن بقاؤه في الذمة أحفظ .

ثانيها : كلامه تفريعاً على الأول يقتضي أنه هو الذي يعزلها ، وقد حكاه في « الكفاية » عن جماعة ، لكن المجزوم به في « الروضة » وأصلها أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقبض عن المالك[3] ، وعبر عنه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » بالصواب[4] .

ثالثها : تناول كلامه ما إذا كان ذلك في الصحراء ، وقد قال الإمام في هـٰذه الصورة : إنه لا يجب التعريف ؛ لعدم فائدته[5] ، **وصححه** الرافعي في « الشرح الصغير » .

٣٠٨٣ـ قول « المنهاج » في هـٰذه المسألة [ص ٣٢٨] : (**وقيل : إن وجده في عمران . . وجب البيع**) يقتضي أنه وجه ، وقد حكاه في « الروضة » قولاً[6] .

٣٠٨٤ـ قولهم في الملتقط للحفظ : (**لم يلزمه التعريف**)[7] وحكاه « المنهاج » عن الأكثرين ، ورجح الإمام والغزالي وجوبه[8] ، قال في « الروضة » : وهو أقوىٰ ، وهو المختار[9] ، وصححه في « شرح مسلم »[10] .

وقال في « الكفاية » : وعليه جرى البغوي ، وظاهر كلام الماوردي يقتضي الجزم به[11] ، وقد يستدل له بما روى النسائي عن عياض من قوله : « ولا يكتم »[12] .

---

(١) انظر « المحلىٰ » (٨/٤٢٤) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٣ ، ٤٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٨) .
(٣) فتح العزيز (٦/٣٦٨) ، الروضة (٥/٤١١) .
(٤) تذكرة النبيه (٣/٢١١) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٧٨) .
(٦) الروضة (٥/٤١١) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٨) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٤٩) ، و« الوسيط » (٤/٢٩٢) .
(٩) الروضة (٥/٤١٣) .
(١٠) شرح مسلم (١٢/٢٨) .
(١١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٧) ، و« التهذيب » (٤/٥٤٦ ، ٥٤٧) .
(١٢) سنن النسائي الكبرىٰ (٥٨٠٨) .

وقال السبكي : ولك أن تقول : الكتمان إنما يكون إذا طلب منه ، فكتم ، وبدونه لا يكون كتماناً ، ويبعد أن يجب لأجل غيره ، وأقصىٰ ما في الممكن أن يقال : يجب عليه إما التعريف أو رفع يده عنها ، فمتىٰ أوجبناه . . أمكن التخلص عنه بدفعها إلى الحاكم أو بطريق آخر . انتهىٰ .

ويستثنىٰ من ذلك : لقطة الحرم . . فيجب تعريفها قطعاً ، قال في « الروضة » من زيادته : قال أصحابنا : ويلزم الملتقط لها الإقامة للتعريف أو دفعها إلى الحاكم ، ولا يجيء هنا الخلاف السابق فيمن التقط للحفظ . . هل يلزمه التعريف ؟ بل يجزم هنا بوجوبه ؛ للحديث[1] .

٣٠٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٨] : (**فلو قصد بعد ذلك خيانة . . لم يصر ضامناً في الأصح**) لا يختص ذلك بالملتقط للحفظ ، بل لو التقط للتملك ، ثم قصد الخيانة . . كان كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**وهو أمانة وإن قصد الخيانة بعد الأخذ**) ، أما لو فعل الخيانة فيه . . فإنه يصير ضامناً بلا شك ، ومهما صار ضامناً في الدوام بالخيانة أو بقصدها ثم أقلع وأراد التعريف والتملك . . فله ذلك كما نقله الرافعي عن تصحيح البغوي ، وقال : لكن إيراد « الوجيز » يشعر بترجيح مقابله ؛ ويؤيده أنهم شبهوا الوجهين بالوجهين فيما إذا أنشأ سفراً مباحاً ثم غيّر قصده إلىٰ معصية . . هل يترخص ؟ وميل الأصحاب إلىٰ منع الترخص أشد . انتهىٰ[2] .

وهو مشعر بترجيح المنع ، لكن صحح في « أصل الروضة » الجواز[3] ، وهـٰذه غير المسألة المذكورة في « المنهاج » بقوله [ص ٣٢٨] : (**وليس له بعده أن يُعرِّف ويتملك على المذهب**) تلك فيما إذا أخذ بقصد الخيانة من الأول .

٣٠٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**ويعرف جنسها وصفتها وقدرها وعفاصها ووكائها**) زاد « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وعائها**) ، وفسر الجمهور العفاص : بأنه الوعاء ، وقال الخطابي : أصله الجلد الذي يُلبَس رأس القارورة ، ويتعين حمل كلام « التنبيه » عليه ؛ لذكره الوعاء ، وأهملا معرفة نوعها ، وهـٰذه المعرفة عقب الأخذ كما قاله المتولي وغيره ، وأكثر الروايات صريحة فيه ، وفي رواية لمسلم : « عرِّفها سنة ، ثم اعْرِفْ وكائها وعفاصها ، ثم استنفق بها »[4] ، وهي دالة علىٰ تأخر هـٰذه المعرفة عن التعريف ، ويجمع بينهما : بأن هـٰذا تعرّفٌ آخر عند إرادة التملك ، فيندب له حينئذ أن يتحقق أمرها قبل التصرف فيها ، وهـٰذه المعرفة الأولىٰ والثانية مستحبة .

٣٠٨٧ـ قولهم : (**ثم يعرفها**)[5] قد يفهم تعيين تعريفها بنفسه ، وليس كذلك ، بل له ذلك بما

---

(١) الروضة (٥/٤١٣) .
(٢) فتح العزيز (٦/ ٣٦٠) ، وانظر « الوجيز » (١/ ٤٣٤) ، و« التهذيب » (٤/ ٥٤٧) .
(٣) الروضة (٥/ ٤٠٧) .
(٤) صحيح مسلم (١٧٢٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٩) .

دونه أيضاً ، ولكن لا يسلمها له ، ويجب أن لا يكون تعريفه علىٰ سبيل البسط والمجون ، ولا يشترط في المعرف العدالة إذا حصل الوثوق بقوله ، وقال الجيلي والنووي في « نكته » : متىٰ غلب علىٰ ظنه أنه إذا عرفها أخذها منه السلطان لجوره . . لم يجز التعريف ، بل تكون أمانة في يده أبداً .

٣٠٨٨ـ قولهما : (**علىٰ أبواب المساجد**)[١] أي : عند خروج الناس من الصلاة .

يفهم أنه لا يعرف في نفس المساجد ، وهو كذلك ، إلا أن الشاشي قال في « المعتمد » : **أصح الوجهين** : جواز التعريف في المسجد الحرام بخلاف بقية المساجد ، قال في « المهمات » : وهو ظاهر في تحريمه في بقية المساجد ، وليس كذلك ، فالمنقول الكراهة ، وقد جزم به النووي في « شرح المهذب »[٢] .

قلت : المعتمد التحريم ، فهو ظاهر كلامهم ، وقد صرح به القاضي حسين في « تعليقه » ، فقال : أما داخل المسجد . . فلا يجوز التعريف فيه ، والماوردي ، وحكى الاتفاق عليه فقال في لقطة الحرم : اختلفوا في جواز إنشادها في المسجد الحرام مع اتفاقهم علىٰ تحريم إنشادها في غيره من المساجد علىٰ وجهين ، **أصحهما** : جوازه اعتباراً بالعرف ، وأنه مجمع الناس . انتهىٰ[٣] .

فكيف يقال : إن التحريم خلاف المنقول ؟ .

٣٠٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وفي الموضع الذي وجدها فيه**) محله : ما إذا كان في العمران ، فإن كان في صحراء . . فيعرف في مقصده ، ولا يكلف أن يعدل إلىٰ أقرب البلاد إليه ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**في بلده ، وأيّ بلدٍ إن وجد في صحراء**) .

٣٠٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**سنة**) ليس المراد : استيعاب السنة بالتعريف فيها كل يوم ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٢٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**على العادة ، يعرّف أولاً كل يوم طرفي النهار ، ثم في كل يومٍ مرةً ، ثم كل أسبوعٍ ، ثم كل شهرٍ**) وهنا مسألتان :

إحداهما : لو التقط اثنان . . قال ابن الرفعة : يعرف كل منهما سنة ، وقال السبكي : نصف سنة .

الثانية : قال شيخنا الإمام البلقيني : لو مات الواجد في أثناء مدة التعريف ، فهل يبني الوارث علىٰ ما مضىٰ ، أو يستأنف ؟ لم يتعرضوا له ، **والأقرب** : الاستئناف ، كما في حول الزكاة لا يبني الوارث علىٰ حول المورث علىٰ **أصح القولين** .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٢٩) .

(٢) المجموع (٩/٢٣٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٥) .

قلت : **الأرجح** : البناء ؛ لحصول المقصود به ، وأما الزكاة : فقد انقطع حول المورث ؛ لخروج الملك عنه بموته ، فيستأنف الوارث الحول لابتداء الملك ، والله أعلم .

٣٠٩١ـ قول « الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**سنة متصلة**) يفهم أمرين :

أحدهما : اتصالها بالالتقاط ، **وأصح الوجهين** ـ وهو الذي يقتضيه كلام الجمهور ـ : أنه لا يجب ذلك ، والمعتبر تعريف سنة متىٰ كان ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : محل الوجهين : مع الإمكان ، فإن تعذر . . سقط وجه وجوب البدار ، قال : ومحل جواز التأخير : ما لم يغلب علىٰ ظن الملتقط أنه يفوت معرفة المالك بالتأخير ، فإن غلب علىٰ ظنه ذلك . . وجب البدار ، ولم يتعرضوا له . انتهىٰ .

قلت : في « النهاية » تفريعاً علىٰ أنه لا تجب المبادرة : لو تمادى التأخير مدة تنسىٰ فيها اللقطة . . هل ينفع التعريف بعد ذلك ؟ فيه وجهان ، قال : ومن يصير إلى التعريف يقول : حق المعرِّف أن يؤرخ وجدان اللقطة في تعريفه ، ويسنده إلىٰ وقته[1] .

ثانيهما : أن تكون السنة [متوالية][2] ، وهو الذي صححه الرافعي في « المحرر »[3] ، وصحح النووي : الاكتفاء بها متفرقة[4] ، وهو الذي صححه في « التنبيه »[5] ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**ولا تكفي سنة متفرقة في الأصح**) .

قلت : **الأصح** : تكفي ، وفي « الشرح » حكاية الأول عن الإمام ، والثاني عن العراقيين والروياني[6] ، ومقتضاه : ترجيح الاكتفاء ؛ لأن القائلين به أكثر ، لكنه رجح الأول في « المحرر » كما تقدم .

٣٠٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**ويذكر بعض أوصافها**) مثل قول « الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**بذكر صفاتٍ**) وفي « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**فيقول : من ضاع له شيء ، أو من ضاع له دنانير**) قال ابن الرفعة : وهي صريحة في التخيير ، وبه صرح جماعة ، ويجوز أن تكون إشارة إلىٰ خلاف للأصحاب في وجوب ذكر شيء من الصفات ، فإن وجب . . فقيل : يكفي ذكر الجنس وقال الإمام : لا يكفي[7] ، وفي أصل « الروضة » بعد تصحيح أنّ ذكر بعض أوصافها مستحب : فإن

---

(١) نهاية المطلب (٨/٤٥٣ ، ٤٥٤) .
(٢) في (أ) : (متصلة) .
(٣) المحرر (ص ٢٥٠) .
(٤) انظر « الروضة » (٥/٤٠٧) .
(٥) التنبيه (ص ١٣٢) .
(٦) فتح العزيز (٦/٣٦٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (٨/٤٥١ ، ٤٥٢) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٥٤ ، ٤٥٥) .

شرطناه.. فهل يكفي ذكر الجنس ؛ بأن يقول : من ضاع منه دراهم ؟ قال الإمام : عندي أنه لا يكفي ، ولكن يتعرض للعفاص والوكاء ومكان الالتقاط وزمنه ، ولا يستوعب الصفات ، ولا يبالغ فيها ؛ لئلا يعتمدها الكاذب ، فإن بالغ.. ففي مصيره ضامناً وجهان ، زاد في « الروضة » : **أصحهما** : الضمان[1] .

وعبارة السبكي تفريعاً على الاشتراط : هل يجب ذكر الجنس كدراهم ؟ وجهان ، **أصحهما** : لا ، بل يكفي أن يتعرض للعفاص والوكاء والمكان والتاريخ .

قال شيخنا ابن النقيب : وهـٰذا صريح ما في « البسيط » وظاهر « النهاية » ، وهو خلاف نقل الرافعي وابن الرفعة[2]؛ أي: لأنهما جعلا الخلاف في الاكتفاء بالجنس، وهو جعله في وجوب ذكره.

٣٠٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**ولا يلزمه مؤنة التعريف إن أخذ لحفظ ، بل يرتبها القاضي من بيت المال أو يقترض على المالك**) فيه أمور :

أحدها : أن مقتضاه : صرفها من بيت المال أو بالاقتراض ، ولو فرعنا علىٰ أنه لا يجب التعريف في هـٰذه الحالة كما تقدم عن الأكثرين ، والذي في « الروضة » وأصلها : إن قلنا : لا يجب التعريف.. فهو متبرع إن عرّف ، وإن قلنا : يجب.. فليس عليه مؤنته ، بل يرفع الأمر إلى القاضي ، وذكر ما تقدم[3] ، فلم يذكره إلا تفريعاً على الوجه الآخر ، وهو الوجوب ، وكذا قال الإمام والغزالي[4] ، **والحق** ما في « المحرر » و« المنهاج »[5] ، وإليه ذهب السبكي ، وهو الذي يدل عليه كلام أكثر الأصحاب ، ومنهم القاضي الحسين والبغوي والخوارزمي[6] .

ثانيها : ظاهر قوله : (**يرتبها من بيت المال**) أنه علىٰ سبيل الصرف الذي لا رجوع به ؛ لأنه ذكر في مقابلته الاقتراض ، وأصرح منه تعبير « أصل الروضة » بقوله : (ليبذل أجرته من بيت المال)[7] ، وقال ابن الرفعة : إن ذلك علىٰ سبيل القرض .

ثالثها : زاد في « أصل الروضة » : أو يأمر الملتقط به ليرجع ، كما في هرب الجمّال . انتهىٰ[8] .

---

(١) الروضة (٥/٤٠٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (٨/٤٥٥) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٧٦) ، و« فتح العزيز » (٦/٣٦٢) .

(٣) فتح العزيز (٦/٣٦٢) ، الروضة (٥/٤٠٨) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (٨/٤٥٥) ، و« الوسيط » (٤/٢٩٦ ، ٢٩٧) .

(٥) المحرر (ص ٢٥٠) ، المنهاج (ص ٣٢٩) .

(٦) انظر « التهذيب » (٤/٥٤٩) .

(٧) الروضة (٥/٤٠٨) .

(٨) الروضة (٥/٤٠٨) .

وهو داخل في الاقتراض ، وزاد ابن الرفعة والسبكي : بيع جزء من اللقطة ، قال السبكي : ومعنىٰ تفويض الأمر إلى القاضي : أنه يفوض إلى اجتهاده ، قال : فهـٰذه أربعة أشياء يجتهد فيها .

رابعها : ظاهره تعين الرفع إلى القاضي ، وقال الماوردي : فإن لم يستأذنه مع القدرة ، وأشهد بالرجوع . . ففيه وجهان[1] ، قال ابن الرفعة : وهما كالوجهين في أنه هل له تسليمها إلىٰ من يعرفها بغير إذنه مع القدرة ؟ .

٣٠٩٤ـ قوله : (**وإن أخذ لتَمَلُّكٍ . . لزمته ، وقيل : إن لم يتملك . . فعلى المالك**)[2] يقتضي أنه إذا تملك : ثم ظهر المالك ورجع فيها . . لم يجيء هـٰذا الوجه ، وتعبير « الروضة » و« الشرحين » بظهور المالك[3] ، يشمل ظهوره بعد التملك ، ويقتضي أن المؤنة في هـٰذه الصورة علىٰ هـٰذا الوجه على المالك أيضاً ، وهو الذي قرره السبكي ، وقال : لو عبر « المنهاج » بـ (ظهور المالك) . . لكان أخلص ، ويمكن أن يؤول قول « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**لم يتملك**) علىٰ أن معناه : لم يحصل الملك له ولم يستمر ، وهو بعيد .

٣٠٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**والأصح : أن الحقير لا يُعَرَّف سنة ، بل زمناً يُظن أن فاقده يُعرِض عنه غالباً**) فيه أمور :

أحدها : أنه يتناول حقيراً لا يتمول لقلته ؛ كحبة بر أو زبيبة واحدة ، والمنقول : أنه لا يُعرّف أصلاً ، ويستبد به وَاجِدُهُ ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٠٣] : (**حالاً إن لم يتمول**) .

ثانيها : رجح صاحب « التنبيه » اعتبار السنة في القليل أيضاً ، فقال [ص ١٣٢] : (**وظاهر المذهب : أنه لا فرق بين القليل والكثير**) ، ونص عليه الشافعي ، فقال : (وسواء قليل اللقطة وكثيرها) ، حكاه المزني في « مختصره »[4] ، ولم يحك فيه الماوردي خلافاً في المذهب ، وصححه العراقيون وجماعة من الخراسانيين كالقاضي حسين وغيره ، وقال السبكي : إنه **المشهور في المذهب** ، قال : وهو الذي أختاره ؛ لعموم الحديث . انتهىٰ .

وذكر الرافعي أن مقابله أشبه باختيار المعظم[5] ، وفيه نزاع ، وأعجب منه قول الغزالي في « البسيط » : إنه لا يجب تعريف القليل المتمول سنة اتفاقاً ، فعمد إلىٰ ما هو منصوص الشافعي **والمشهور عند أصحابه والمختار** من الدليل ، فأنكره بالكلية ، ولم يثبته .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ١٤) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٢٩) .

(٣) فتح العزيز (٦/ ٣٧٣) ، الروضة (٥/ ٤١٤) .

(٤) مختصر المزني (ص ١٣٥) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٦٥) .

ثالثها : ظاهره : أن التعريف في زمن إعراض الفاقد ، وليس كذلك ، وإنما هو في زمن فقد الإعراض ، فإذا جاء زمن الإعراض . . انتهى التعريف ، فكان ينبغي أن يقول : (لا يعرض) ، أو يقول : (يطلبه) ، أو يقول : (إلىٰ زمن يظن أن فاقده يعرض عنه) ، فيجعل ذلك الزمن غاية لترك التعريف لا ظرفاً للتعريف ؛ ولذلك عبر في « الروضة » و« الشرحين » بقوله : مدة يظن في مثلها طلب فاقده له ، فإذا غلب على الظن إعراضه . . سقط[1] ، وفي « شرح مسلم » : زمناً يظن أن فاقده لا يطلبه في العادة أكثر من ذلك الزمان[2] ، وعبر عنه « الحاوي » بقوله [ص ٤٠٣] : (**وما يَقِلّ إن عرّف بقدره**) أي : له تملك القليل المتمول إن عرفه بقدر ما يليق به ، ولا يخفىٰ ما في عبارته من الإجحاف .

٣٠٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**وقيل : إن كان قليلاً . . كفاه أن يعرفه في الحال**) **الأصح** تفريعاً علىٰ هـٰذا الوجه ـ وهو الاكتفاء في القليل بما دون السنة ـ : أنه لا يكتفىٰ بتعريفه في الحال ، بل يعرفه إلىٰ أن يظن إعراض فاقده عنه كما تقدم .

٣٠٩٧ـ قوله : (**وقُدِّر بالدرهم**)[3] يقتضي أن الدرهم علىٰ هـٰذا الوجه قليل ، وعليه مشىٰ في « الكفاية » ، والذي في « الروضة » وأصلها : أن ما دون الدرهم قليل ، والدرهم كثير[4] ، وعزاه ابن يونس في « التنويه » إلىٰ حكاية جمهور النقلة لهـٰذا الوجه ، **والأصح** : أنه ما يقل أسف فاقده عليه ، ولا يطول طلبه له غالباً .

فصل

[كيفية تملك اللقطة بعد التعريف]

٣٠٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٢] : (**فإذا عرّف ، فاختار التملك . . ملك**) قد يفهم الاكتفاء بالنية ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٢٩] : (**حتىٰ يختاره بلفظٍ كتملكت**) ، ثم شرط ذلك : أن يكون قصد التملك في ابتداء التعريف ، فلو عرف من غير قصد التملك ، ثم بدا له قصده . . عرّفه سنة من يومئذ ، ولا يعتد بما عرفه من قبل .

٣٠٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ٣٢٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٠٥] : (**وإن جاء بعد التملك . . أخذها مع الزيادة المتصلة دون المنفصلة**) ينبغي فيما إذا كانت المنفصلة موجودة عند

---

(١) فتح العزيز (٦/٣٦٥) ، الروضة (٥/٤١٠) .

(٢) شرح مسلم (١٢/٢٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) .

(٤) فتح العزيز (٦/٣٦٦) ، الروضة (٥/٤١١) .

التملك ؛ كأن يتملكها وهي حامل ثم تضع عنده . . أن يرجع المالك في الولد بناء علىٰ أن الحمل يعلم ، **وهو الأصح** ، كما في نظيره من الرد بالعيب والفلس ، أشار إليه في « المهمات » .

٣١٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٢٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٠٥] : (**وإن تلفت . . غرم مثلها أو قيمتها يوم التملك**) أي : المثل في المثلي ، والقيمة في المتقوم ، أطبق عليه الأصحاب فيما وقفت عليه .

قال في « الكفاية » : وقضية ما حكيناه من أن ملك اللقطة كملك المقترض : أن يكون الواجب فيما له مثل صوري رد المثل الصوري **على الأصح** ، كما في القرض ، ثم قيل : إن الضمان يثبت في ذمة الملتقط من يوم التلف ، وصححه الرافعي والنووي[١] ، وقيل : لا ، وإنما تتوجه المطالبة إذا جاء المالك ، واختاره السبكي ؛ لأن التملك كان مجاناً ، فإذا رجع المالك . . انتقض ، ووجب الرد بأمر الشارع فسخاً لذلك التملك كرجوع الأب ، قال : وليس من شرط المطالبة ، تقدم ثبوت الضمان في ذمته كما أشار إليه الرافعي ، بل بالفسخ كما قلناه .

٣١٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٠] : (**وإذا ادعاها رجلٌ ولم يصفها ولا بينة . . لم تُدفع إليه**) وهو مفهوم « التنبيه » و« الحاوي »[٢] ، ومحله : ما إذا لم يعلم الملتقط أنها له ، فإن علم ذلك . . لزمه دفعها له .

٣١٠٢ـ قولهم : (**إنه يلزم الدفع بالبينة**)[٣] يتناول الشاهد واليمين ؛ فإن ذلك حجة في الأموال ، وهـٰذا معلوم من القاعدة العامة ، ومع ذلك فنص عليه الشافعي والأصحاب ، وممن حكى النص عن « الأم » القاضي حسين في « تعليقه »[٤] ، ومن العجيب نقل السبكي المسألة عن نصر المقدسي في « تهذيبه » . . فأوهم انفراده به ، والمسألة بخصوصها في عدة من الكتب المشهورة .

٣١٠٣ـ قولهم : (**فيما إذا وصفها وظن صدقه . . جاز الدفع**)[٥] محله : ما إذا كان الواصف واحداً ، فإن وصفها جماعة . . قال القاضي أبو الطيب : أجمعنا علىٰ أنها لا تُسلم لهم .

٣١٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٠] : (**فإن دفع ، فأقام آخر بينة بها . . حُوِّلَت إليه**) أي : دفع بالوصف وظن الصدق ، فأما لو دفع بالبينة . . جاءت أقوال تعارض البينتين .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٧٤) ، و« الروضة » (٥/٤١١) .
(٢) التنبيه (ص ١٣٢) ، الحاوي (ص ٤٠٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٠) .
(٤) الأم (٤/٦٦) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٠) .

٣١٠٥ـ قولهما : (**لا تحل لقطة الحرم للتملك**)[١] ، قال « المنهاج » [ص ٣٣٠] : (**على الصحيح**) ، وهٰذا موافق لما في « الروضة » من أن الخلاف وجهان[٢] ، وصرح الرافعي في « شرحيه » بأنه قولان[٣] ، وحكاه الروياني عن القفال وغيره بعد أن حكى المنع عن النص وأنها كغيرها عن بعض الأصحاب ، وتصحيح أبي عبدالله الحسين « شارح التلخيص » ، وعبارة « التنبيه » قد توافق هٰذا ؛ فإنه قال : (إن الأول ظاهر المذهب) ثم حكى الثاني بلفظه ، قيل : وظاهره أنه وجه ، وحكى الماوردي والروياني وجهين في لقطة عرفة ومصلىٰ إبراهيم ؛ لأنه حل ، لكنه مجتمع الحاج[٤] ، ويدل للمنع حديث [عبد الرحمـٰن بن عثمان التيمي][٥] : (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهىٰ عن لقطة الحاج) ، رواه مسلم في « صحيحه »[٦] ، وهو يعم لقطته في الحرم وفي موضع الحج ، وهو عرفات ، ولا يتعدىٰ إلىٰ منازلهم في الطريق ؛ لأنه ليس مجمع جميعهم ، وإنما يجمع أهل قطر واحد ، وفي « سنن أبي داوود » من حديث علي بإسناد صحيح في حرم المدينة : « ولا تلتقط لقطتها إلا لمن أشاد بها »[٧] .

وذهب إليه شيخنا الإمام البلقيني ، فقال : إن لقطة المدينة كمكة لا تحل إلا لمنشد ، لكن صرح الروياني في « البحر » بخلافه ، والتمسك بالحديث أولىٰ ، والله أعلم .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٠) .

(٢) الروضة (٥/٤١٢) .

(٣) فتح العزيز (٦/٣٧١) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٥) .

(٥) في جميع النسخ (عثمان بن عبد الرحمـٰن التيمي) ، والمثبت من « صحيح مسلم » .

(٦) صحيح مسلم (١٧٢٤) .

(٧) سنن أبي داوود (٢٠٣٥) .

كتاب اللقيط

٣١٠٦ـ قولهما : (**التقاط المنبوذ فرض على الكفاية**)[١] لم يذكرا صفة المنبوذ ، وفي « الحاوي » [ص ٤٠٥] : (**لقط طفلٍ**) ، فوصف المنبوذ بأنه طفل ، وهو متناول للمميز وغيره ، وفي المميز تردد للإمام[٢] ، قال الرافعي والنووي : والأوفق لكلام الأصحاب أنه يلتقط لحاجته إلى التعهد[٣] .

قال السبكي : والبالغ المجنون في ذلك كالصبي ، ولكن ذكر الصبي في الحد ؛ لأنه الغالب ، والمجنون في ذلك نادر .

٣١٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**ويستحب أن يشهد عليه وعلىٰ ما معه ، وقيل : يجب ذلك**) الثاني أصح ، وعليه مشى « المنهاج » ، فقال [ص ٣٣١] : (**ويجب الإشهاد عليه في الأصح**) ، و« الحاوي » فقال [ص ٤٠٥] : (**بالإشهاد**) ، ولم يذكر الإشهاد علىٰ ما معه ، وهو في « الروضة » وأصلها عن النص[٤] ، لكن لم يفصحا عن كونه واجباً أو مستحباً ، ونص « المختصر » صريح في الوجوب ، فقال : (وجب أن يشهد بما وَجَدَ له ، وأنه منبوذ)[٥] ، وتعبير « المنهاج » بـ (الأصح) يقتضي ترجيح طريقة الخلاف ، وأنه وجهان[٦] ، **والمرجح في** « الروضة » : طريقة القطع بالوجوب[٧] ، ومقابلها وجهان أو قولان ، وهما مخرجان من نصه هنا ، وفي اللقطة : فلو ترك الإشهاد مع وجوبه.. لم يثبت له ولاية الحضانة ، ويجوز انتزاعه منه ، قاله في « الوسيط »[٨] .

قال الرافعي : وهـٰذا يشعر باختصاص الإشهاد الواجب بابتداء الالتقاط[٩] .

قال في « الكفاية » : وفيما ادعاه من الإشعار نظر .

قلت : لأن معناه أنه لا يثبت له ولاية الحضانة ما لم يشهد ، فلا يشعر باختصاص الوجوب

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٣١) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (٨/٥١٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٧٩) ، و« الروضة » (٥/٤١٨) .
(٤) فتح العزيز (٦/٣٧٩) ، الروضة (٥/٤١٨) .
(٥) مختصر المزني (ص ١٣٦) .
(٦) المنهاج (ص ٣٣١) .
(٧) الروضة (٥/٤١٨) .
(٨) الوسيط (٤/٢٨٤) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٧٩) .

بالابتداء ، فمتىٰ أشهد . . ثبتت له الولاية ، ذكره السبكي ، ويشهد له أن عبارة « البسيط » : ومن يوجب الإشهاد يجعله شرطاً حتىٰ يتخلف حكم الالتقاط وولاية الحضانة عند فقد الإشهاد ، فكأنه يقول : هـٰذه ولاية ، فلا تثبت ما لم تستند إلىٰ شهادة ، ثم قال السبكي : ولا يبعد أن يقال : الوجوب على الفور ، فمتىٰ أخره . . فسق وخرج عن الأهلية ، فلا يفيده الإشهاد بعد ذلك إلا أن يتوب ، فيكون كالتقاط جديد . انتهىٰ .

ومحل الخلاف : في الملتقط ، أمّا من سَلم الحاكم له اللقيط . . فالإشهاد في حقه مستحب قطعاً ، ذكره الماوردي وغيره[1] .

٣١٠٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٠٥] : (**وحضانته لحرٍّ مسلمٍ عدلٍ رشيدٍ**) زاد « المنهاج » [ص ٣٣١] : (**التكليف**) ليخرج الصبي والمجنون ، وهو مفهوم من العدالة ، وقال « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**وإن التقطه حرٌّ أمين مسلم مقيم . . أقر في يده**) ، فلم يذكر الرشد ، وقال في « الكفاية » : إنه لم يذكر العدالة أيضاً ، وليس كذلك ؛ فالأمانة بمعنى العدالة ، وفي (الوقف) من الرافعي : شرط الناظر : الأمانة ، وفي « المنهاج » : العدالة[2] ، فدل علىٰ ترادفهما .

قال السبكي : والأكثرون اشترطوا العدالة أو الستر ، والرافعي اقتصر على العدالة[3] .

قلت : لم يُرد إلا العدالة الظاهرة التي يدخل تحتها الستر ؛ بدليل قوله بعده : وأما من ظاهر حاله الأمانة إلا أنه لم يختبر . . فلا ينتزع من يده ، لكن يوكل به القاضي من يراقبه بحيث لا يعلم ؛ لئلا يتأذىٰ ، فإذا وثق به . . صار كمعلوم العدالة ، ثم قال بعده : من ظهرت عدالته بالاختبار . . يقدم على المستور على الأصح[4] .

وقال الماوردي فيمن يوثق به علىٰ نفسه دون ماله : أنه يقر في يده ، وينزع المال ، وفي عكسه : لا يقر ، وفي نزع المال وجهان . انتهىٰ[5] .

ومقتضاه : أن الإنسان قد يكون أميناً في شيء دون شيء ، وقال السبكي : لعل المراد المستور : المنحط عن درجة العدالة ، فإذن الفاسق ليس بأهل جزماً ، وإنما التردد في المستور ، ولا يخفىٰ أن اشتراط الإسلام في الملتقط محله : في اللقيط المحكوم بإسلامه ، فللكافر التقاط الكافر ، وقد صرح به « الحاوي »[6] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٧) .
(٢) فتح العزيز (٦/ ٢٩٠) ، المنهاج (ص ٣٣١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٨١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٣٨١) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٢١) .
(٦) الحاوي (ص ٤٠٥) .

٣١٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**فإن أخذه عبد . . انتزع منه**) محله : ما إذا لم يكن بإذن السيد ، فإن كان بإذنه . . فهو الملتقط ، والعبد نائبه ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[1] وكذا لو علم بالتقاط العبد ، فأقره عنده ، ذكره « المنهاج »[2] .

٣١١٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٠٥] : (**ومن القنِّ والمكاتب بإذن السيد لَقْطُهُ**) أي : من السيد ، تبع « الوجيز » في أن إذن السيد للمكاتب كإذنه للعبد[3] ، ومحله ما إذا قال : التقطه لي ، وإلا . . فهو على الخلاف في تبرعاته بإذنه ، قال الرافعي : لكن **الظاهر** هنا : المنع ؛ لأنه ليس من أهل الولاية[4] .

٣١١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**وإن كان أحدهما مقيماً والآخر ظاعناً . . فالمقيم أولىٰ**) هٰذا تفريع علىٰ منع الخروج به إلى البادية ، فإن جوزناه ـ **وهو الأصح** كما سيأتي ـ . . فهما سواء .

٣١١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٠٥] : (**فإن استويا . . أقرع**) أي : وتشاحا ، صرح به « التنبيه » ، وهو واضح[5] .

٣١١٣ـ قوله : (**وإن ترك أحدهما حقه . . أقر في يد الآخر**)[6] محله : قبل القرعة ، أما لو ترك حقه بعد خروج القرعة له . . لم يجز ، كما قاله الرافعي والنووي ، وأجرى الماوردي الخلاف فيه[7] .

٣١١٤ـ قوله : (**وإن أقاما بينتين متعارضتين . . سقطتا في أحد القولين**)[8] **هو الأظهر** ، قال ابن يونس : فيُرجَع إلى القافة ، ونسبه إلى السهو ابن عمه في « التنويه على النبيه » ، ومقابله ـ وهو الاستعمال ـ يتعين معه القرعة ، ولا يجيء الوقف ؛ لأنه يضر الطفل ، ولا القسمة ؛ لعدم إمكانها .

٣١١٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإذا وجد بلديٌّ لقيطاً ببلدٍ . . فليس له نقله إلىٰ باديةٍ**)[9] يستثنىٰ : ما لو قربت البادية بحيث يسهل المراد منها **على النص** ، وقول الجمهور بناء علىٰ أن المعنىٰ في المنع خشونة عيش البادية .

٣١١٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**وإن كان ظاعناً إلىٰ بلد آخر . . ففيه وجهان**) **الأصح** : أن له

---

(١) الحاوي (ص ٤٠٥) ، المنهاج (ص ٣٣١) .
(٢) المنهاج (ص ٣٣١) .
(٣) الوجيز (١/٤٣٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٨١) .
(٥) التنبيه (ص ١٣٤) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٣٤) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٤٠) ، و« فتح العزيز » (٦/٣٨٤) ، و« الروضة » (٥/٤٢١) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٣٤) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ١٣٤) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٣١) .

ذلك ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، ومحله : عند أمن الطريق وتواصل الأخبار ، فإن كان مخوفاً أو انقطعت الأخبار بينهما . . لم يقر قطعاً ، ولم يفرق الجمهور بين مسافة القصر ودونها ، وقطع الماوردي فيما دونها بالجواز ، وجعل الخلاف في مسافة القصر ، وتبعه في « الكفاية » .

٣١١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**فيما إذا كان اللقيط في البادية وأخذه بدوي ينتقل من موضع إلىٰ موضع . . فقد قيل : يقر ، وقيل : لا يقر**) **الأصح** : أنه يقر ، وعليه مشى « المنهاج »[2] ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي » قوله [ص ٤٠٥] : (**ومن كلٍّ إلىٰ مثله**) .

٣١١٨ـ قولهم : (**ونفقته في ماله**)[3] زاد « المنهاج » [ص ٣٣١] : (**العام ؛ كوقف على اللقطاء ، أو الخاص**) ، قال السبكي : ليس ريع الوقف على اللقطاء في الحقيقة ماله ، بل مال الجهة العامة ، وكذا قوله بعد : (**فإن لم يعرف له مال**)[4] أي : لا عام ولا خاص ، فيه تجوز ، والمعنىٰ : ما يستحق أن يصرف إليه منه وإن لم يكن ملكه ، وزاد في « الروضة » وأصلها مع الوقف على اللقطاء : الوصية لهم[5] ، وزاد الغزالي : أو وُهِبَ لهم[6] ، قال الرافعي : الهبة لغير معين مما يستبعد ، فيجوز تنزيله علىٰ ما في « الوسيط » من الوصية بالهبة له ، ويجوز أن تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتىٰ يجوز تمليكها بالهبة كالوقف ، ويقبله القاضي . انتهىٰ[7] .

واختار السبكي هٰذا الثاني ، وقال في « المهمات » : الوقف لا يشترط فيه القبول إذا كان على الجهة ، وقياس الهبة كذلك ، وهل يتخير بين العام والخاص ، أو يقدم الخاص فلا ينفق من العام إلا عند تعذره ؟ قال في « التوشيح » : لم أجد فيه نقلاً .

قلت : مقتضىٰ إطلاقهم التخيّر ، والأفقه تقديم الخاص .

٣١١٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٣] : (**فإن كان معه مال متصل به أو تحت رأسه . . فهو له**) لو قال : (**تحته**) كما في « المنهاج » و« الحاوي » . . لكان أعم[8] ، ودخل في عبارتهم ما كان تحت فراشه ، **وهو الأصح** ، وعبارة « الروضة » : وكذا المصبوبة تحته وتحت فراشه ، وفي التي تحته

---

(١) الحاوي (ص ٤٠٥) ، المنهاج (ص ٣٣١) .

(٢) المنهاج (ص ٣٣١) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٣٤) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٣١) .

(٤) المنهاج (ص ٣٣٢) .

(٥) فتح العزيز (٦/٣٨٩) ، الروضة (٥/٤٢٤) .

(٦) انظر « الوجيز » (١/٤٣٧) .

(٧) فتح العزيز (٦/٣٨٩) ، وانظر « الوسيط » (٤/٣٠٧) .

(٨) الحاوي (ص ٤٠٥ ، ٤٠٦) ، المنهاج (ص ٣٣١) .

وجه ضعيف[1] ، ومقتضاه : القطع بأن الذي تحت فراشه له مع حكاية الخلاف فيما هو تحته بلا واسطة ، وهٰذا فاسد ، **والصواب** : عكسه ، وبه صرح الماوردي[2] ، ويمكن رد عبارة الرافعي إليه .

٣١٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٢] : (**وإن وُجد في دار . . فهي له**) أي : ليس فيها غيره ، وكذا الخيمة ، وفي البستان وجهان في « الحاوي »[3] ، وطردهما صاحب « المستظهري » في الضيعة[4] ، قال النووي : وهو بعيد ، فينبغي القطع بالمنع[5] .

قلت : وطردهما الماوردي أيضاً في الضيعة[6] .

٣١٢١ـ قولهم : (**وليس له مال مدفون تحته**)[7] يتناول ما لو كان معه أو في الدفين رقعة مكتوب فيها أنه له ، وهو الموافق لكلام الأكثرين ، **وصحح** الغزالي في هٰذه الصورة أنه له[8] ، قال الإمام : ليت شعري ما يقول لو دلت علىٰ دفين بعيد[9] ، قال النووي : مقتضاه : أن نجعله للقيط ؛ فإن الاعتماد على الرقعة لا علىٰ كونه تحته[10] .

٣١٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٣] : (**وإن كان بقربه . . فقد قيل : هو له ، وقيل : ليس له**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[11] ، ومحل الخلاف : في موضع منقطع قليل المارة ، فإن كثر طارقوه . . فهو لقطة ، قاله الماوردي[12] .

ويقرب منه تقييد ابن يونس في « النبيه » الخلاف بما إذا كان بقربه وحده ؛ ليحترز به عما إذا كان هناك غيره ، قال السبكي : لم يتعرضوا لضبط القرب ، والمحال عليه فيه العرف ، قال : وصورته في الدفين والأمتعة القريبة إذا لم نحكم له بالمكان ؛ كصحراء وشارع ومسجد ، فإن كان كدار ونحوها . . فإطلاقهم في (باب الركاز) يقتضي أنه له ، وسبقه إلىٰ هٰذا النووي في « نكته » .

---

(١) الروضة (٥/ ٤٢٤) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٥) .
(٣) الحاوي الكبير (٨/ ٣٦) .
(٤) حلية العلماء (٢/ ٧٥٧) .
(٥) انظر « الروضة » (٥/ ٤٢٥) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٦) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٢) .
(٨) انظر « الوسيط » (٤/ ٣٠٧) .
(٩) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٥٠٥) .
(١٠) انظر « الروضة » (٥/ ٤٢٥) .
(١١) الحاوي (ص ٤٠٦) ، المنهاج (ص ٣٣٢) .
(١٢) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٥) .

٣١٢٣ـ قولهم : (**وإن لم يكن له مال . . وجبت نفقته في بيت المال**)[١] أي : من سهم المصالح ، وهو متناول لما إذا كان محكوماً بكفره ؛ بأن وجد في بلد كفر ليس بها مسلم ، **وهو الأصح** ، وصحح جماعة منهم ابن الرفعة والسبكي مقابله ، ولكن لا يُضَيَّع ، بل يجمع الإمام أهل الذمة الذين وُجد فيهم ويُقَسِّط نفقته عليهم .

٣١٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**وإن لم يكن . . ففيه قولان ، أحدهما : يستقرض له في ذمته ، الثاني : يقسط على المسلمين من غير عوض**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » وعبر بقوله : (**يستقرض من أغنياء البقعة عليه**)[٢] .

٣١٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٢] : (**ولا يُنفِقُ عليه منه إلا بإذن القاضي قطعاً**) ليست دعوى القطع في « المحرر »[٣] ، ولا في « الروضة » وأصلها ، بل فيهما وجه حكاه ابن كج : أنه إن أنفق بغير إذنه . . لا يضمن[٤] ، ومقتضاه : أن الإذن ليس شرطاً ، ويوافقه أن في الرافعي في (الدعوىٰ) عن الشيخ أبي محمد والقفال خلافاً في أن الملتقط يستقل بالإنفاق أو يرفع الأمر إلى القاضي[٥] .

٣١٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**فإن أذن له الحاكم . . جاز ، وقيل : فيه قولان ، أصحهما : الجواز**) هـٰذه الثانية طريقة الأكثرين ، لكن قال الرافعي : **الأحسن** : الأولىٰ[٦] .

٣١٢٧ـ قوله فيما إذا لم يكن حاكم : (**وإن أشهد . . ففيه قولان ، وقيل : وجهان ، أحدهما : يضمن ، والثاني : لا يضمن**)[٧] **الأصح** : أن الخلاف وجهان ، وقد جزم به الرافعي والنووي[٨] ، **وأصحهما** : عدم الضمان ، وعليه مشى « الحاوي »[٩] .

فَصْلٌ

[في الأمور التي يحكم فيها بإسلام الصبي]

٣١٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٢] : (**إذا وُجد لقيط بدار الإسلام وفيها أهل ذمة ، أو بدارٍ فتحوها وأقروها بيد كفار صلحاً أو بَعْدَ ملكها بجزيةٍ وفيها مسلمٌ . . حُكم بإسلام اللقيط**) فيه أمور :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٤) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٢) .
(٢) الحاوي (ص ٤٠٦) ، المنهاج (ص ٣٣٢) .
(٣) المحرر (ص ٢٥٣) .
(٤) فتح العزيز (٦/٣٩٢ ، ٣٩٣) ، الروضة (٥/٤٢٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٤٩) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٩٣ ، ٣٩٤) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٣٤) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٩٤) ، و« ، الروضة » (٥/٤٢٨) .
(٩) الحاوي (ص ٤٠٦) .

أحدها : أن قوله : (**وفيها مسلم**) يعود للصور الثلاثة ، وإن كان قد يتبادر إلى الفهم عوده للأخيرتين فقط ؛ لتقييده الأولىٰ بقيد آخر ، وهو أن يكون فيها أهل ذمة ، لكن الأول ليس قيداً كما سنذكره ، وقد أفرد « التنبيه » الأولىٰ ، وقيدها بذلك ، فقال [ص ١٣٣] : (**وإن وجد في بلد المسلمين وفيه مسلمون**) ، لكن عبارته تفهم أنه لو لم يكن فيها إلا مسلم أو مسلمان . . لم يكن الحكم كذلك ، وليس كذلك ؛ فمسلم واحد كافٍ كما ذكره « المنهاج »[1] .

ثانيها : ظاهر عبارتهما : أنه لا فرق بين أن يكون المسلم ساكناً مستوطناً ، أو مقيماً لم يرد الاستيطان ، أو مجتازاً ، وكذا عبر به « التنبيه » في المسلم الذي ببلاد الكفر[2] ، لكن اعتبر « المنهاج » في ذاك السكن ، وجمع « الحاوي » بينهما ، واعتبر فيهما السكن ، فقال [ص ٤٠٦] : (**واللقيط مسلمٌ إن وجد حيث سكن مسلم**) ، وهـٰذا يتناول داري الإسلام والكفر .

وقال شيخنا ابن النقيب : لعل « المنهاج » يكتفي بمجرد إقامة يسيرة تمنع من قصر الصلاة ؛ فهي رتبة بين المجتاز والساكن المتوطن[3] .

قلت : **الظاهر** : الاكتفاء في دار الإسلام بأن يكون فيها مسلم ولو مجتازاً ؛ تغليباً لحرمتها ، وكذا عبر به فيها في « أصل الروضة » مع تعبيره في دار الكفر بالسكن[4] .

ثالثها : قوله : (**وفيها أهل ذمة**) قد يفهم منه أنه قيد ، وليس كذلك ، بل المراد : ولو كان فيها أهل ذمة .

رابعها : كلامه يفهم في الصورتين الأخيرتين ـ وهما ما فتحه المسلمون وأقروه بيد الكفار ، إما قبل الملك أو بعده ـ أنهما ليستا دار إسلام ؛ لذكرهما في مقابلة دار الإسلام ، وليس كذلك ، وعبر « التنبيه » عن الأولىٰ ببلد المسلمين ، وعن الأخيرتين ببلد فتحه المسلمون[5] ، وذلك يقتضي أنهما ليسا بلد المسلمين ، وقد يقال : إنه لا يقتضي أنهما ليسا دار إسلام ؛ فدار المسلمين أخص من دار الإسلام ، ولا يلزم من نفي الأخص نفي الأعم ، وقال السبكي : في إطلاق دار الإسلام على الضرب الثاني وهو : ما فتح صلحاً ، وأقر أهله عليه نظر .

خامسها : بقي من دار الإسلام قسم رابع ، وهو : ما كان المسلمون يسكنونه فغلب عليه الكفار وانتزعوه منهم ؛ كطرسوس وقرطبة ونحوهما ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ١٣٣] : (**أو في بلد**

---

(١) المنهاج (ص ٣٣٢) .
(٢) التنبيه (ص ١٣٣) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٤/٣٩٣) .
(٤) الروضة (٥/٤٣٤) .
(٥) التنبيه (ص ١٣٣) .

كان لهم ثم أخذه الكفار) لكن شرطه : أن يكون فيه مسلم كما تقدم ، وسكوت « التنبيه » عنه ؛ لفهمه من طريق الأولىٰ من ذكره في بلد المسلمين .

وقال في « أصل الروضة » في تسمية الأصحاب هٰذه دار إسلام : قد يوجد في كلامهم ما يقتضي أن الاستيلاء القديم يكفي لاستمرار الحكم ، ورأيت لبعض المتأخرين تنزيل ما ذكروه علىٰ ما إذا كانوا لا يمنعون المسلمين منها ، فإن منعوهم . . فهي دار كفر[1] .

وقال السبكي : يصح أن يقال فيها : كانت دار إسلام ، ثم صارت دار كفر صورة لا حكماً .

٣١٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٤] : (**وإن وُجد في بلد الكفار وفيه مسلمون . . فقد قيل : هو مسلم ، وقيل : هو كافر**) فيه أمور :

أحدها : أن **الأصح** : أنه مسلم ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

ثانيها : أن وجود مسلم واحد كاف في ذلك ، وقد عبر به « المنهاج » و« الحاوي »[3] .

ثالثها : لا يكتفىٰ بوجود مسلم فيه ، بل العبرة بسكناه ، كما عبر به « المنهاج » و«الحاوي»[4] ، وقد تقدم ذكره ، وقد تناولت عبارتهم التاجر والأسير ، وصرح « المنهاج » بذكرهما[5] ، ورتب الإمام الأسير على التاجر ، وأولىٰ بعدم الإسلام ؛ لأنه مضبوط ، وقال : يشبه أن الخلاف في قوم ينتشرون في البلد ، أما من في المطامير . . **فيتجه** أنه لا أثر لهم ، كما لا أثر للمجتازين[6] .

٣١٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٢] : (**فإذا كان أحد أبويه مسلماً وقت العلوق . . فهو مسلم**) ثم قال : (**ولو علق بين كافرين ثم أسلم أحدهما . . حكم بإسلامه**) أي : إذا كان ذلك قبل بلوغ الولد ، ولا يختص ذلك بالأبوين ؛ فإسلام أحد الأجداد أو الجدات ولو كان غير وارث ؛ كأبي الأم كإسلام أحد الأبوين إن كان الأب معدوماً ، فإن كان موجوداً . . فكذلك **على الأصح** عند الرافعي والنووي[7] ؛ ولذلك عبر « الحاوي » [ص ٤٠٦] بـ (أحد أصوله) ، وصحح ابن الرفعة والسبكي مقابله ، وفي « الكفاية » عن الماوردي في تبعيته للأجداد والجدات أوجه ، **ثالثها** : إن كان الأب أو الأم موجوداً . . لم يتبع ، وإلا . . تبع ، ويرد علىٰ تعبير « المنهاج » بـ (الصبي)[8] ، و« الحاوي »

---

(١) الروضة (٥/٤٣٣ ، ٤٣٤) .
(٢) الحاوي (ص ٤٠٦) ، المنهاج (ص ٣٣٢) .
(٣) الحاوي (ص ٤٠٦) ، المنهاج (ص ٣٣٢) .
(٤) الحاوي (ص ٤٠٦) ، المنهاج (ص ٣٣٢) .
(٥) المنهاج (ص ٣٣٢) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٨/٥٣٤) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٦/٣٩٨) ، و« الروضة » (٥/٤٣٠) .
(٨) المنهاج (ص ٣٣٢) .

بـ (الطفل)[1] : أن المجنون المحكوم بكفره كالصغير في تبعية أحد أصوله في الإسلام إن بلغ مجنوناً ، وكذا إن بلغ عاقلاً ثم جن على **الأصح** .

٣١٣١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٥] : (**فإن كان حُكم بإسلامه بالدار ثم بلغ ووصف الكفر . . فالمنصوص : أنه يقال له : لا يقبل منك إلا الإسلام ، ونفزِّعه ، فإن أقام على الكفر . . قبل منه**)

أورد عليه : أنه كيف يقال له : لا يقبل منك إلا الإسلام مع قبول الكفر منه ؟ والذي في « المهذب » والرافعي و« الروضة » وغيرها : أنه يُهدَّدُ[2] ، ولا يلزم من التهديد أنا نطلق هـٰذا القول الذي يخالف الواقع ، ولمحل الخلاف شرطان :

أحدهما : أن يكون في الدار كفار ، فإن لم يكن فيها كافر أصلاً . . فهو محكوم بإسلامه باطناً وظاهراً ، فلا يقر علىٰ كفره قطعاً ، حكاه في « الكفاية » عن الماوردي[3] .

ثانيهما : أن يقول : لا أعلم دين أبي ، ولكن اختار الكفر رغبة فيه ، فإن زعم أن أباه كافر . . أقر قطعاً ، ذكره في « الكفاية » أيضاً .

٣١٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٢ ، ٣٣٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٠٦] : (**إذا سَبَىٰ مسلمٌ طفلاً . . تبع السابي في الإسلام إن لم يكن معه أحد أبويه**) قال النووي : معنىٰ سبيه معه كونهما في جيش واحد وغنيمة واحدة ، ولا يشترط كونهما في ملك رجل واحد[4] ، قال البغوي : إذا سبىٰ أبويه غير سابيه ؛ إن اتحد العسكر . . تبع أبويه ، وإلا . . تبع السابي[5] .

٣١٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٣] : (**ولو سباه ذمي . . لم يحكم بإسلامه في الأصح**) استشكل تصويره ، وقال السبكي : المسروق هل يختص به السارق ، أم هو غنيمة ؟ فيه خلاف ، فإذا سرقه الذمي ، وقلنا : يختص به . . أمكن التصوير به ، وظهر تعليل الوجهين فيه ، وقال ابن الرفعة : لا وجه لإسلامه علىٰ هـٰذا ، قال السبكي : بل وجهه ظاهر ، وإن قلنا : غنيمة للمسلمين ، ويده نائبة عنهم ، فيقوى القول بإسلامه ، وينبغي الجزم به ، وجوز ابن الرفعة ذلك ، وجوز أيضاً مجيء الوجهين . انتهىٰ .

ودخل في عبارتهم : ما إذا كان الطفل المسبي عبداً ، وقد تردد شيخنا الإمام البلقيني في إلحاقه بالحر في ذلك ، وقال : إنه محتمل ؛ لأنه لم يتجدد له رق يقلبه إلىٰ تبعية السابي .

---

(١) الحاوي (ص ٤٠٦) .

(٢) المهذب (١/٤٣٨) ، فتح العزيز (٦/٤٠٤ ، ٤٠٥) ، الروضة (٥/٤٢٩) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٤٣) .

(٤) انظر « الروضة » (٥/٤٣٢) .

(٥) انظر « التهذيب » (٦/١٦٧) .

فَصْلٌ

[في بيان حرية اللقيط ورقه واستلحاقه]

٣١٣٤ـ قولهم : (**إن اللقيط حر إلا أن يقر بالرق ، أو يقوم به بينة**)[١] استثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني : ما إذا وُجد في دار الحرب التي لا مسلم فيها ولا ذمي ، قال : فهو رقيق ؛ لأنه محكوم بكفره ، ودار الحرب تقتضي استرقاق الصبيان والنساء ، ويحمل كلامهم علىٰ دار الإسلام ، قال : ولم أر من تعرض له .

٣١٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٥ ، ١٣٦] : (**وإن بلغ وباع واشترىٰ ونكح وطلق وجنىٰ وجُني عليه ثم أقر بالرق . . فقد قيل : فيه قولان ، أحدهما : يقبل إقراره ، والثاني : لا يقبل ، وقيل : يقبل قولاً واحداً ، وفي حكمه قولان ، أحدها : يقبل في جميع الأحكام ، والثاني : يفصل ، فيقبل فيما عليه ، ولا يقبل فيما له**) فيه أمور :

أحدها : أن شرط قبول الإقرار بالرق : تصديق المقر له ، وألاَّ يسبق منه الإقرار بالحرية ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني في سبق الإقرار بالحرية : ينبغي أن يقيد بما إذا لم يكن ذلك في جواب خصومة ، فإن كان في خصومة . . لم يؤثر على الأرجح ، كما لو قال المشتري لمدعي ملك ما اشتراه علىٰ وجه الخصومة : هو ملكي وملك بائعي . . فله الرجوع على البائع بالثمن إذا ثبت أنه للمدعي ، وفي الضمان لو أنكره علىٰ وجه الخصومة ، فقامت بينة بضمان بإذن . . فله الرجوع إذا أدىٰ ، وإذا أنكر الزوج القذف فقامت به بينة وأراد اللعان . . فله ذلك .

ثانيها : أنه يفهم أنه لا بد من اجتماع هـٰذه التصرفات كلها ، وليس كذلك ، وقد عبر « المنهاج » بـ[ص ٣٣٣] : (**سبق تصرفٍ يقتضي نُفُوذُهُ حرّيةً ؛ كبيعٍ ونكاحٍ**) ، ومقتضاه : الاكتفاء بواحد منها ، وأطلق « الحاوي » التصرف[٣] .

ثالثها : **الأصح** : طريقة القطع بالقبول ، **والأظهر** : القول الثاني ، وهو : القبول فيما عليه دون ماله ، وذلك في الأحكام الماضية ، أما المستقبلة . . فيقبل فيها مطلقاً ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٣٣] : (**والمذهب : أنه لا يشترط ألاَّ يسبق تصرف يقتضي نفوذه حرية ؛ كبيع ونكاح ، بل يقبل إقراره في أصل الرق وأحكامه المستقبلة لا الماضية المضرة بغيره في الأظهر**) ، وعليه مشى

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٣٥) ، و« الحاوي » (ص ٤٠٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٣) .

(٢) المنهاج (ص ٣٣٣) ، الحاوي (ص ٤٠٨) .

(٣) الحاوي (ص ٤٠٨) .

« الحاوي » فقال [ص ٤٠٨] : (**لا بما يُضِرُّ بغيرٍ في تصرفٍ سابقٍ**) .

٣١٣٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٠٨] : (**وهو رقيقٌ بدعوىٰ صاحب يدٍ لا بلقطٍ وجحدٍ**) أي : لا يثبت رقه بدعوىٰ صاحب اليد إذا كان جاحداً لذلك ، وهـٰذا محله : إذا كان بالغاً ، فأما الصبي . . فلا أثر لجحده ، كذا أورد عليه ، ولا يرد ؛ لما تقرر من أن الصبي لا عبارة له ، ثم إنه عقبه بقوله : (**لا إن بلغ وجحد**)[1] ، فدل علىٰ أن كلامه الأول فيما إذا كان حين دعوىٰ رقه بالغاً .

٣١٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٥] : (**وإن ادعىٰ رجل رقه . . لم يقبل إلا ببينة تشهد بأن أمته ولدته ، وفيه قول آخر : أنه لا يقبل حتىٰ يشهد بأن أمته ولدته في ملكه**) فيه أمران :

أحدهما : قال النووي في « التصحيح » : **الأصح** : أنه لا يقبل حتىٰ يقول : ولدته في ملكه أو مملوكاً له ، وقد ذكره المصنف في (الدعوىٰ والبينات) متقناً[2] ، وأشار بذلك إلىٰ قوله هناك : (**وإن ادعىٰ مملوكاً وأقام بينة أنه ولدته جاريته . . لم يقض له حتىٰ تشهد أنها ولدته في ملكه**)[3] ، وقد ذكر الرافعي في (الدعاوىٰ) مثله[4] .

وفرق بينهما في « الكفاية » : بأن المقصود في اللقيط معرفة الرق من الحرية والشهادة بأن أمته ولدته تعرّفُ رقه في الغالب ؛ لأن ما تلده الأمة مملوك ، وولادتها للحر نادر ، فلم يُعَوَّل علىٰ ذلك ، والقصد هنا تعيين المالك ؛ لأن الرق متفق عليه ، وذلك لا يحصل بكون أمته ولدته .

قال في « المهمات » : وفيه نظر ، وحكى الرافعي عن تصحيح « الوجيز » الاكتفاء بأن أمته ولدته ، ولم يخالفه ، بل حكىٰ عن بعضهم القطع به[5] ، **وصححه** في « الشرح الصغير » و« أصل الروضة »[6] ، وعليه مشى « الحاوي »[7] ، وعليه يدل قول « المنهاج » [ص ٣٣٣] : (**ويشترط أن تتعرض البينة لسبب الملك**) لأن ولادة جاريته له سبب لملكه إلا لمانع .

ثانيهما : لا يخفىٰ أنه لا تنحصر البينة في الشهادة بالولادة ، فلو شهدت بأنه ملكه بإرث أو هبة أو وصية أو شراء أو نحوهما من الأسباب . . كفىٰ ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » التعرض لسبب الملك[8] ، وكذا « الحاوي » ، إلا أنه زاد ذكر هـٰذا المثال[9] ، وقد أورد هـٰذا النووي في

---

(١) الحاوي (ص ٤٠٨) .
(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٤١٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٦٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٨١) .
(٥) الوجيز (١/ ٤٣٩) وانظر « فتح العزيز » (٦/ ٤٢٤ ، ٤٢٥) .
(٦) الروضة (٥/ ٤٤٥) .
(٧) الحاوي (ص ٤٠٨) .
(٨) المنهاج (ص ٣٣٣) .
(٩) الحاوي (ص ٤٠٨) .

« التصحيح »[1] ، **والظاهر** : أن « التنبيه » إنما أراد ذكر هٰذا المثال الخاص والخلاف فيه كما فعل « الحاوي » ، لا أنه قصد التقييد به ، لكن الإيراد على اللفظ ، واشتراطُ التعرض لسبب الملك نقل الرافعي تصحيحه عن الإمام والبغوي والروياني وآخرين ، ومقابله عن ابن كج وأبي الفرج الزاز ، وأيده بقطع بعضهم به[2] ، وقال النووي : كل من الترجيحين ظاهر ، ورجح في « المحرر » الثاني ؛ يعني : اشتراط التعرض لسبب الملك ، وعبارة « المحرر » : (رجح منهما الثاني)[3] .

٣١٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٣] : (**ولو استلحق اللقيط حر مسلم . . لحقه وصار أولىٰ بتربيته**) فيه أمران :

أحدهما : أنه قد يفهم أنه لو استلحقه عبد أو كافر . . لم يلحقه ، وليس كذلك ، وقد ذكر « المنهاج » العبد عقبه ، فقال [ص ٣٣٣] : (**ولو استلحقه عبد . . لحقه ، وفي قولٍ : يُشترط تصديق سيده**) ، وذكر « التنبيه » الكافر ، فقال [ص ١٣٤ ، ١٣٥] : (**وإن ادعاه كافر . . لحق به ، وإن أقام البينة علىٰ ذلك . . تبعه الولد في الكفر وسُلِّم إليه ، وإن لم يقم البينة . . لم يتبعه في الكفر ولم يُسلَّم إليه ، وقيل : إن أقام البينة . . جُعل كافراً قولاً واحداً ، وإن لم يقم البينة . . ففيه قولان**) ، وقوله : (**وقيل : إن أقام البينة**) تكرير ؛ فإنه قد تقدم ، والطريقان عند عدم البينة ، وتقييد « المنهاج » بالحرية والإسلام إنما هو للحكم المذكور بعد اللحاق ، وهو كونه أولىٰ بتربيته ؛ فإن ذلك لا يثبت للعبد والكافر ، وقد صرح بذلك « التنبيه » في الكافر ، وظاهر كلامه وكلام غيره أن ذلك واجب ، وفي « المهذب » : يستحب تسليمه إلىٰ مسلم إلىٰ أن يبلغ ؛ احتياطاً للإسلام[4] .

ثانيهما : وكان ينبغي أن يقول : (ذكر) لأن **الأصح** : أن استلحاق المرأة لا يصح ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[5] .

٣١٣٩ـ قول « التنبيه » فيما إذا استلحقه اثنان [ص ١٣٥] : (**وإن لم يكن لواحد منهما بينة ، أو لكل واحد منهما بينة . . عُرِض على القافة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٣٣] : (**فإن لم تكن بينة . . عُرِض على القائف**) فإنه لم يذكر هنا الصورة الثانية ، وهي : ما إذا كان لكل منهما بينة ، وإن كان قال في آخر كلامه : (**ولو أقاما بينتين متعارضتين . . سقطتا في الأظهر**)[6] فإنه ليس فيه تصريح بالعرض على القافة ، لكنه مقتضى السقوط ؛ لأنه يصير كما إذا لم تكن بينة ، علىٰ أن

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٤١٣) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (٨/ ٥٦٤) ، و« التهذيب » (٤/ ٥٧٨) ، و« فتح العزيز » (٦/ ٤٢٤) .

(٣) المحرر (ص ٢٥٤) ، وانظر « الروضة » (٥/ ٤٤٥) .

(٤) المهذب (١/ ٤٣٧) .

(٥) المنهاج (ص ٣٣٣) .

(٦) المنهاج (ص ٣٣٤) .

بعضهم قال في صورة البينتين : لا تسقطان ، بل ترجح إحداهما بقول القائف .

٣١٤٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٠٧] : (**مجرَّبٍ بعرض ولدٍ في أصناف في الرابع أحد أبويه**) استشكله البارزي ، فقال : قولهم : (إنه لا يكون في الثلاث أحد أبويه) مشكل ؛ فإنه قد يُعلم بذلك . . فلا يبقىٰ في الثلاث الأول فائدة ، وقد يصيب في الرابعة اتفاقاً . . فلا يوثق بالتجربة ، **فالأولىٰ** أن يعرض مع كل صنف ولد لواحد منهم ، أو في بعض الأصناف ، ولا تخص به الرابعة ، فإذا أصاب في الكل . . قبل قوله بعد ذلك ، وينبغي أن يكتفي بثلاث مرات .

٣١٤١ـ قولهما : (**فإن لم يكن قائف**)[1] وهو في « التنبيه » في لحاق النسب . ظاهره : فقد القائف في الدنيا كلها ، وبه صرح الفوراني ، لكن نقل الرافعي في (العدد) عن الروياني : أن العبرة بمسافة القصر ، وأقره[2] ، وسبقه إليه الماوردي .

وقال في « النهاية » : الذي يجب الرجوع إليه عندنا : أن يقال : إن اختيار الطفل في حكم البدل عن القافة ، فيعتبر في غيبة القائف ما يعتبر في غيبة شهود الأصل عند استشهاد الفروع[3] .

وقال في « المهمات » : **إنه أقوىٰ** .

٣١٤٢ـ قول « الحاوي » عند فقد القائف [ص ٤٠٨] : (**ينتسب بميل الطبع**) لو قيده بما بعد البلوغ ، كما في « التنبيه » و« المنهاج » . . لكان أولىٰ[4] ، لكنه لا يرد عليه ذلك ؛ لتقريره في (باب الحجر) : أن الطفل محجور إلى البلوغ من الإيمان وغيره .

٣١٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٥] : (**فإن بلغ فقذفه رجل وادعىٰ أنه عبد ، وقال اللقيط : بل أنا حر . . ففيه قولان ، أصحهما : أن القول قول القاذف**) **الأصح** في « أصل الروضة » و« تصحيح التنبيه » : **أن القول قول اللقيط**[5] ، وعليه مشى « الحاوي »[6] ، وفي « شرح ابن يونس » من كلام « التنبيه » : (اللقيط) بدل (القاذف) .

٣١٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٥] : (**وإن جنىٰ عليه حر ، وقال : أنت عبد ، وقال : بل أنا حر . . فالقول قول اللقيط ، وقيل : فيه قولان كالقذف**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأظهرهما** : أن القول قول اللقيط ، وعليه مشى « الحاوي »[7] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٩٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٦٧) .
(٣) نهاية المطلب (١٩/١٨٦) .
(٤) التنبيه (ص ١٣٥) ، المنهاج (ص ٣٣٣ ، ٣٣٤) .
(٥) تصحيح التنبيه (١/٤١٤) ، الروضة (٥/٤٥٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٠٦ ، ٤٠٧) .
(٧) الحاوي (ص ٤٠٦ ، ٤٠٧) .

٣١٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٥] : (**وإن بلغ وسكت ، فقتله مسلم . . فقد قيل : لا قود عليه ، وقيل : يجب ، وقيل : إن حكم بإسلامه تبعاً لأبيه . . فعليه القود ، وإن حكم بإسلامه بالدار . . فلا قود عليه**) صحح النووي في « تصحيحه » الأول[1] ، قال شيخنا الإسنوي : لكن حاصل ما في « الروضة » عكسه[2] ، قلت : لأنه قال : وإن قتل بعد البلوغ قبل الإفصاح . . فعلى الخلاف ، وقيل : لا يجب قطعاً ؛ لقدرته على الإفصاح الواجب . انتهىٰ .

فقوله : (فعلى الخلاف) أي : فيما إذا قتل قبل البلوغ ، **والأظهر** فيه : وجوب القصاص ، لكن لا يلزم من البناء الاستواء في الترجيح ، فقد يترجح في المبني غير الراجح في المبني **عليه** ؛ ويدل علىٰ هـٰذا : أن هنا طريقة قاطعة بعدم وجوب القصاص ، وأيضاً : فقد قدم تبعاً لأصله فيما إذا حكم بإسلامه تبعاً لأبيه ، وقتل بعد البلوغ وقبل الإفصاح : إنه لا يجب القصاص **على الأظهر** ، وإذا لم يجب في المحكوم بإسلامه تبعاً لأبيه . . فأولىٰ ألاَّ يجب في المحكوم بإسلامه بالدار ؛ لأن تبعية الأب أقوىٰ من تبعية الدار ؛ ولهـٰذا حُكي وجه مفصل بينهما ، وعكسه غير مستقيم ؛ لما قررته ، وعلىٰ ذلك مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٠٦ ، ٤٠٧] : (**لا إن بلغ ولم يسلم . . فتجب الدية**) .

وقال في « المهمات » : إن ما اقتضاه كلام « الروضة » من وجوب القصاص في هـٰذه الصورة غلط عجيب ، وصوب ما في « التصحيح » ، وحينئذ . . فما كان ينبغي له في « تصحيح التنبيه » اعتماده ، والسكوت عليه .

ثم اعلم : أن الرافعي ذكر في (الظهار) أن محل ذلك : ما إذا قتل بعد التمكن من الإخبار عما عنده ، فإن كان قبله . . فحكمه كما لو قتل قبل البلوغ .

* * *

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٤١٤) .
(٢) الروضة (٥/ ٤٣٠ ، ٤٣١) .

كتاب الجعالة

٣١٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**هي كقوله** : « **من ردّ آبقي . . فله كذا** ») إنما هو مثال لها ، وليس فيه حصر ضابط ، فأحسن منه قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**وهو أن يجعل لمن عمل له عملاً عوضاً معلوماً**) ومع ذلك . . ففيه شيئان :

أحدهما : أنه أورد علىٰ قوله : أنه لو جعل لمن عمل لغيره عملاً ؛ بأن قال : (من رد عبد فلان . . فله كذا) . . كان الحكم كذلك كما سيأتي ، أورده في « الكفاية » .

وجوابه : أن مراده : لأجله وإن لم يكن في ملكه ، فلا يرد ما إذا كان العمل في ملك غيره ، وقد صرح بالمسألة « المنهاج » و« الحاوي »(١) ، وهي مشكلة كما سيأتي .

الشيء الثاني : أنه لو عبر بالمضارع ، فقال : (لمن يعمل له عملاً) . . لكان أولىٰ ؛ لأنها تكون علىٰ عمل في المستقبل لا علىٰ عمل في الماضي ؛ ولذلك قال الجرجاني في « الشافي » : هي : أن يجعل مالاً معلوماً لمعلوم أو مجهول علىٰ عمل يوقعه في المستأنف معلوم أو مجهول . انتهىٰ .

لكن في قوله : (**إن المجعول له يجوز أن يكون مجهولاً**)(٢) مناقشة ذكرتها في التعليق على الرافعي ، وقد عبر « الحاوي » في ضبط ذلك بعبارة حسنة بقوله [ص ٣٨٧] : (**صحة الجعالة بالتزام أهل الإجارة جعلاً معلوماً**) إلىٰ أن قال : (**لعمل معلوم ومجهول**)(٣) ، وزاد عليهما : صفة الجاعل ، ولم يذكروا صفة العامل ، وفي « أصل الروضة » : يشترط عند التعيين أهلية العمل في العامل(٤) .

قال السبكي : فيدخل العبد وغير المكلف بإذن وغيره ، وقال الماوردي في (السير) : لو سمعه صبي فرده . . لم يستحق ، وكذا عبد بغير إذن سيده ، فإن أذن له . . استحق السيد ، وقال في اللقيط : يستحقان(٥) .

قال ابن الرفعة : **والأشبه** : أن العبد لا يستحق سيده ؛ لامتناع تصرفه في منافعه المملوكة لسيده بغير إذنه ، أو يستحق أجرة المثل لا المسمىٰ ، قال : والصبي والمجنون يظهر أنهما إذا عملا بإذن

---

(١) الحاوي (ص ٣٨٧) ، المنهاج (ص ٣٣٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) .
(٣) الحاوي (ص ٣٨٨) .
(٤) الروضة (٥/٢٦٩) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/١٣٤) .

الولي حيث يجوز له إيجارهما . . استحقا الجعل ، فإن كان بغير إذن ، أو حيث لا يجوز إيجارهما . . فأجرة المثل ، وهـٰذا إذا قلنا : إن الإذن يتناولهما ، وإلا . . لم يستحقا شيئاً أذن الولي أو لم يأذن .

قال السبكي : والذي يظهر في هـٰذه المسائل وجوب المسمىٰ .

وقال في « المهمات » في كلام « الروضة » : إنه إشارة إلى اشتراط البلوغ والتمييز عند التعيين ، حتىٰ إذا لم يعين فرده صبي ونحوه . . استحق المسمىٰ ، وقد صرح به صاحب « التعجيز » في شرحه له ، وشرط في « الوسيط » الأهلية مطلقاً ، ولم يقيده بحالة التعيين[1] ، وصرح به الماوردي في (السير)[2] .

قلت : لا نسلم أن من أهلية العمل البلوغ ؛ فقد يتأتىٰ ذلك العمل المطلوب من غير البالغ ، وتقييد اشتراط أهلية العمل في العامل بحالة التعيين ؛ لأنه لا يظهر لهـٰذا الاشتراط عند عدم التعيين معنىً ؛ فإنه لا يتأتىٰ فعله إلا ممن فيه أهليته .

نعم ؛ لو اعتبر في العامل المعين أهلية المعاملة . . لكان دالاً على اشتراط البلوغ ؛ فإن الصبي ليس من أهل المعاملة ، والله أعلم .

٣١٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**ويشترط صيغةٌ تدل على العمل بعوض ملتزم**) هو في حق الناطق ، أما الأخرس . . فإشارته المفهمة كالنطق ، وقد صرح بذلك في (البيع) بقوله : (**وإشارة الأخرس بالعقد كالنطق**)[3] فاستغنىٰ بذلك عن إعادته في كل باب ، لكن قد يقال : الجعالة ليست عقداً ، فلم تتناولها عبارته ، قال الغزالي : هي معاملة صحيحة[4] .

قال السبكي : لم يقل معاقدة ؛ لأن المعقود يفتقر إلى القبول ، وهي لا تفتقر إليه . انتهىٰ .

وقد يقال : إذا لم تكن معاقدة . . فهي أولىٰ بالنفوذ بإشارة الأخرس ، وتعبير « التنبيه » بالجعل و« الحاوي » بالالتزام يتناول إشارة الأخرس[5] .

٣١٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**فلو أذن لشخص فعمل غيره . . فلا شيء له**) يستثنىٰ : عبده ؛ فإن يده كيده ، فإذا رده عبد المقول له . . استحق سيده الجعل ، وقال السبكي : إنه ظاهر إن استعان به سيده فيه ، وإلا . . ففيه نظر ، لا سيما إن لم يعلم بالنداء .

---

(١) الوسيط (٤/٢١١) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ١٣٤) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٢١٠) .

(٤) انظر « الوسيط » (٤/٢٠٩) .

(٥) التنبيه (ص ١٢٦) ، الحاوي (ص ٣٨٧) .

٣١٤٩ـ قوله : (**ولو قال أجنبي : « من رد عبد زيد . . فله كذا » . . استحقه الراد على الأجنبي**)[1] فيه أمور :

أحدها : استشكله في « الكفاية » ، وقال : لا يجوز لأحد بهٰذا القول وضع يده على الآبق ، فكيف يستحق الأجرة ؟

وأجيب : بأن صورة ذلك عند إذن المالك لمن شاء في الرد ، أشار إليه السبكي .

قال في « المهمات » : وحينئذ . . فيخص إطلاق الرافعي وغيره[2] .

ثانيها : قال السبكي : أطلقوا التصوير فيما إذا قال : (فله كذا) ، وإنما يكون صريحاً إذا قال : (عليّ) ، وإلا . . فيحتمل أن يريد (فله كذا علىٰ مالكه) ، فيكون فضولياً وإن لم يتعرض له الأصحاب ، وكأنهم جعلوه التزاماً عند الإطلاق ؛ لسبقه إلى الفهم ، وفيه نظر ؛ فقد يكون القائل منادياً يقتضي العرف أنه إنما يتكلم عن غيره ، فلا وجه للقول بالتزامه ، فيحمل كلامهم علىٰ ما إذا أراد الالتزام بنفسه دون المالك . انتهىٰ .

قلت : قال الخوارزمي في « الكافي » : لو قال الفضولي : (من رد عبد فلان . . فله علي دينار) ، أو قال : (فله دينار) فمن رده . . يستحق على الفضولي ما سمىٰ . انتهىٰ .

وهٰذا صريح في استحقاق العوض عليه وإن لم يقل : (عليّ) .

ثالثها : أطلق أنه متىٰ قال غير المالك ذلك . . استحقه الراد عليه ، وهٰذا ينبغي التفصيل فيه ، فيقال : غير المالك قد يكون وليه ، فإذا قال ذلك عن محجوره علىٰ وجه المصلحة ؛ بحيث يكون الجعل قدر أجرة مثل ذلك العمل . . استحقه الراد في مال المالك بمقتضىٰ قول وليه ، وهٰذا واضح ، ولم أر من تعرض له ، وذكر « الحاوي » المسألة بقوله [ص ٣٨٨] : (**وإن حصل لغير**) فكان أقل إيراداً ؛ لأنه لم يذكر التصوير .

٣١٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**وإن قال : « قال زيدٌ : من رد عبدي . . فله كذا » وكان كاذباً . . لم يستحق عليه ولا علىٰ زيدٍ**) مفهومه : أنه إذا كان صادقاً . . استحق ؛ أي : على المالك ، وهو كذلك إن كان الناقل ممن يعتمد خبره ، وإلا . . فلا ، هٰكذا قيد به الرافعي كلام البغوي ؛ فإنه أطلق فيما إذا صدقه المالك . . الاستحقاق ، فقال الرافعي : وكان هٰذا فيما إذا كان المخبر ممن يعتمد علىٰ قوله ، وإلا . . فهو كما لو رد غير عالم بإذنه والتزامه[3] ، وحكى السبكي عن ابن الرفعة : أن الجاعل إن لم يقل لذلك الناقل : قل : (عني) . . ففي استحقاقه

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٣٥) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١٩٧/٦) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٩٧/٦) .

نظر واحتمال ؛ لأن الناقل فضولي لا وكيل .

قلت : **والظاهر** : الاستحقاق مطلقاً بعد أن يكون الراد علم بقول المالك بأي طريق وصل إليه ذلك العلم ، وكلامهم دال عليه ، والله أعلم .

٣١٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**فإذا عمل له ذلك . . استحق الجعل**) أي : السامع دون غيره ، كما صرح به « الحاوي »[1] ، فمن لم يبلغه ذلك . . لا يستحق ولو **عمل** طامعاً ، ويستثنىٰ مما ذكراه من أن الجعل إنما يستحق بالفراغ : ما لو قال : (إن علمت هـٰذا الصبي القرآن . . فلك كذا) فعلمه البعض ثم مات الصبي . . فيستحق العامل أجرة ما علَّمه له ؛ لوقوعه مسلماً بالتعليم ؛ بخلاف رد الآبق .

٣١٥٢ـ قولهم : (**وتصح علىٰ عمل مجهول**)[2] فيه أمران :

أحدهما : كذا أطلقه الرافعي والنووي[3] ، وقيده ابن الرفعة بما إذا لم يمكن ضبطه ؛ كرد الآبق والضال ، فإن سهل ضبطه . . فلا بد من ضبطه ؛ ففي بناء حائط يذكر موضعه وطوله وسمكه وارتفاعه وما يبنىٰ به ، وفي الخياطة يعتبر وصف الثوب والخياطة .

ثانيهما : يستثنىٰ من إطلاقهم العمل : ما إذا وقته ، فقال : (من رد عبدي إلىٰ شهر . . فله كذا) . فإنه لا يصح ، كما قاله القاضي أبو الطيب ، كذا حكاه عنه الرافعي والنووي ، وأقراه[4] ، وصوره في « الكفاية » بما إذا قال : من رد عبدي الآبق من البصرة في الشهر ، وحكى المنع عن المتولي أيضاً .

قال في « المهمات » : ولا يلزم من المنع عند التقييد بأمرين المقتضي لشدة التضييق أن يمتنع عند وجود أحدهما .

قلت : قد يقال : إن التقييد بكونه في البصرة تقليل للجهالة ، ولا سيما إذا علما كونه فيها .

٣١٥٣ـ قولهم : (**إنه يشترط كون الجعل معلوماً**)[5] كذا ذكروه هنا ، وفي « الروضة » وأصلها في (الحج) : الجواز بالرزق ؛ بأن يقول : (حج عني وأعطيك نفقتك)[6] ، ولو استأجر بالنفقة . . لم تصح ؛ لجهالتها ، لكن **الصواب** : هو المذكور هنا ، والمسألة إنما حكاها الرافعي عن صاحب « العدة » ، وقد نص الشافعي في « الأم » علىٰ خلافه ، فقال : (لو قال : حج عن

---

(١) الحاوي (ص ٣٨٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/١٩٨) ، و« الروضة » (٥/٢٦٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٠٣ ، ٢٠٤) ، و« الروضة » (٥/٢٧٥ ، ٢٦٧)
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٥) .
(٦) فتح العزيز (٣/٣٠٨) ، الروضة (٣/١٨) .

فلان الميت بنفقتك دفع إليه النفقة ، أو لم يدفعها . . هـٰذا غير جائز ؛ لأن هـٰذه أجرة غير معلومة)[1] حكاه السبكي .

ويستثنىٰ منه أيضاً : مسألة العلج ، وهي مذكورة في (السير) .

٣١٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٣٨٧] : (**ولو قال : « من بلد كذا » فرده من أقرب منه . . فله قسطه من الجُعل**) يشمل ما لو رده من تلك الجهة وغيرها ؛ كقول المكي : (من رده من عرفة) فرده من منىٰ أو التنعيم ، وعبارة « الشرحين » و« الروضة » : فمن رده من نصف الطريق . . استحق نصف الجعل ، أو من ثلثه . . فالثلث[2] .

قال السبكي : وفي استحقاقه بالرد من غير تلك الجهة نظر يحتمل ويحتمل ، والمنع أولىٰ ، ولو رده من مثل تلك المسافة من جهة أخرىٰ . . ففيه الاحتمالان ، قال : ولم أر فيهما نقلاً .

قلت : قد صرح بالثانية الخوارزمي في « الكافي » ، فقال فيما لو قال : (من رد عبدي الآبق من البصرة . . فله دينار) : ولو رده من همدان ، والمسافة إليه كالمسافة إلى البصرة . . يحتمل وجهين ، **أصحهما** : المسمىٰ . انتهىٰ .

وقوله : (**قسطه**)[3] أي : يراعىٰ فيه القرب والبعد والسهولة والحزونة ، وهو مأخوذ من كلامهم وإن لم يصرحوا به .

٣١٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**ولو اشترك اثنان**) أي : فأكثر ، والصورة : أنه عمم النداء ؛ كـ (من رده . . فله كذا) ، أو قال لجماعة : (إن رددتموه . . فلكم كذا) ، وقوله : (**اشتركا**)[4] أي : علىٰ عدد الرؤوس ؛ لأن العمل في أصله مجهول ، فلا يوزع عليه ، ومثله قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**وإن اشترك جماعة في العمل . . اشتركوا في الجعل**) .

٣١٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**ولو التزم جعلاً لمعيّن فشاركه غيره في العمل ؛ إن قصد إعانته . . فله كل الجعل ، وإن قصد العمل للمالك . . فللأول قسطه**) اقتصر علىٰ هاتين الصورتين ، وبقي : ما إذا قصد العمل لهما ، أو لم يقصد شيئاً ، ومقتضىٰ عبارة « الحاوي » في هاتين الصورتين الاستحقاق بالقسط ؛ فإنه قال في النقص من الجعل : (**أو عاون المعين غيره لا له**)[5] ، فأطلق أنه إذا عاون العامل المعين غيره . . نقص من جعله ، ثم أخرج صورة واحدة لا ينقص فيها شيئاً ،

---

(١) الأم (٢/١٣٠) .
(٢) فتح العزيز (٦/١٩٩ ، ٢٠٠) ، الروضة (٥/٢٧٠) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٣٥) .
(٤) المنهاج (ص ٣٣٥) .
(٥) الحاوي (ص ٣٨٧) .

وهي : ما إذا قصد إعانة العامل ، فاستمرت بقية الصور على الحكم الأول ، وقول « المنهاج » [ص ٣٣٥] : (**ولا شيء للمشارك بحال**) أي : إلا أن يلتزم له المجعول له أجرة علىٰ إعانته .

تَنْبِيهٌ

[حكم الاستنابة في الإمامة ونحوها]

استنبط السبكي من استحقاق المجعول له تمام الجعل إذا قصد المشارك إعانته : جواز الاستنابة في الإمامة ونحوها ، بشرط أن يستنيب مثله أو خيراً منه ، ويستحق كل المعلوم ، وإن أفتى ابن عبد السلام والنووي بخلافه .

٣١٥٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإن فسخ قبل الشروع أو فسخ العامل بعد الشروع . . فلا شيء له**)[١] فيه أمران :

أحدهما : محل الأول : إذا علم العامل بالرجوع ، فإن لم يعلم فيما إذا كان معيناً ولم يُعلن المالك بالرجوع فيما إذا كان غير معين . . استحق المشروط ، ذكره الماوردي والروياني[٢] ، واستحسنه شيخنا الإمام البلقيني .

ثانيهما : يستثنىٰ من الثانية : ما إذا زاد الجاعل في العمل ولم يرض العامل بذلك ، ففسخ لأجله . . فإنه يستحق أجرة المثل ، كما ذكره الرافعي في أواخر (المسابقة) لأن الجاعل هو المتسبب لذلك[٣] .

قال في « المهمات » : **وقياسه كذلك** : إذا نقص في الجعل .

٣١٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**ولا يجوز لصاحب العمل ـ أي : الفسخ بعد الشروع ـ إلا بعد أن يضمن للعامل أجرة ما عمل**) ليس مراده : امتناع الفسخ ، ولا حقيقة الضمان ، بل المراد : نفوذه ، ووجوب أجرة ما عمل ، وبذلك عبر « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وتعبيره بالملتزم أعم من تعبير « المنهاج » بالمالك[٥] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي أن يقال : يستحق من المسمىٰ بقدر عمله إلىٰ حين صدور الفسخ من المالك كالإجارة ؛ حيث حصل فيها ما يقتضي فسخها ، فإن فُرق بأن هٰذا جائز بخلاف

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) ، و« الحاوي » (ص ٣٨٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٥) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٢) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٢٤) .
(٤) الحاوي (ص ٣٨٨) ، المنهاج (ص ٣٣٦) .
(٥) المنهاج(ص ٣٣٥) .

الإجارة . . انتقض بما لو مات المالك ؛ فقد جزم الرافعي والنووي بأنه يستحق من المسمىٰ بقدر عمله في الحياة . انتهىٰ[1] .

وهـٰذا الذي بحثه شيخنا يقرب منه وجه محكي في الرافعي في أواخر (المسابقة) : أنه لا ينفذ الفسخ إذا زادت حصة العمل من المسمىٰ علىٰ أجرة المثل[2] ، وحكى الرافعي هنا عن الإمام فيما إذا فسخ المالك بعد الشروع في العمل والعامل معين : أنه لا يبعد تخريجه على الخلاف في عزل الوكيل في غيبته ، قال : وهـٰذا بعيد عن كلام الأصحاب . انتهىٰ[3] .

وهـٰذا الذي استبعده الرافعي قد جزم به الماوردي ، فقال : إن العامل إذا كان معيناً ، ولم يعلم بالرجوع . . استحق المشروط[4] .

٣١٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٢٦] : (**ومن عمل لغيره شيئاً من ذلك بغير شرط . . لم يستحق عليه الجعل**) أي : ولا إذن ، فإن كان بإذن . . فهي مسألة الغسال المذكورة بعده ، وقد تقدم ذكرها في الإجارة ؛ حيث ذكرها « المنهاج »[5] .

٣١٦٠ـ قولهما : (**وإن اختلفا في قدر الجعل . . تحالفا**)[6] أي : حصل الاختلاف بعد فراغ العمل أو بعد الشروع ، وقلنا : له قسط من المسمىٰ ، وأما قبل الشروع . . فإنه لا استحقاق ، فلا تحالف ، ونظيره : الاختلاف في قدر العمل ؛ بأن قال : شرطت مئة علىٰ رد عبدين ، فقال : بل علىٰ هـٰذا فقط ، وإذا تحالفا . . وجبت أجرة المثل .

* * *

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٢٠٢) ، و« الروضة » (٥/٢٧٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٢٤) .
(٣) فتح العزيز (٦/٢٠٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (٨/٤٩٧) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٣٢) .
(٥) المنهاج (ص ٣٠٨) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٢٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٦) .

كتاب الفرائض

٣١٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : **(وإذا مات من يورث . . بُدئ من ماله بمؤنة تجهيزه)** قال « المنهاج » [ص ٣٣٧] : **(فإن تعلق بعين التركة حقٌ كالزكاة والجاني والمرهون والمبيع إذا مات المشتري مفلساً . . قُدِّم علىٰ مؤنة تجهيزه)** وعبر عنها في « تصحيح التنبيه » بالصواب(١) ، وذلك يقتضي أنه لا خلاف فيها ، وقد تقدم الاعتراض عليه في ذلك في (باب الكفن) ، وذكر « الحاوي » مثله ، إلا أنه لم يذكر الزكاة(٢) .

وقال السبكي : إنه لا حاجة لاستثنائها ؛ لأنه إن كان النصاب باقياً . . **فالأصح** : أنه تعلق شركة ، فلا يكون تركة ، فليس مما نحن فيه ، وإن قلنا : تعلق جناية أو رهن . . فقد ذكرا ، وإن علقناها بالذمة فقط أو كان النصاب تالفاً ؛ فإن قدمنا دين الآدمي ، أو سوينا . . فلا استثناء ، وإن قدمناها . . فتقدم علىٰ دين الآدمي لا على التجهيز ؛ لما قدمناه ، وقال في موت المشتري مفلساً : الثابت للبائع حق الفسخ على الفور ، فإن فسخ على الفور . . خرجت عن التركة ، فلا استثناء ، وإن أخر بلا عذر . . سقط حقه منها ، فيقدم مؤنة التجهيز منها عليه ، أو لعذر . . فهي ملك الورثة ، وحقه متعلق بها ، فيحتمل تقدم حقه كالمرتهن والمجني عليه ، ويحتمل أن لا ؛ لتقدم حقهما ، وهـٰذا لم يثبت حقه إلا بالموت مفلساً ، فهو كتعلق الغرماء بمال المفلس ، والمفلس يقدم بمؤنة يومه ، فيكون هـٰذا مثله . انتهىٰ .

وإدخالهما الكاف علىٰ هـٰذه الصور يدل علىٰ عدم الحصر فيها ، والضابط : التعلق بالعين ، فنذكر بقية الصور :

إحداها : إذا مات رب المال قبل قسمة مال القراض . . فإنه يقدم حق العامل على الكفن ؛ لتصريحهم هناك بأن حقه يتعلق بالعين ، فلو أتلفه المالك إلا قدر حصة العامل ومات ولم يترك غيره . . تعين للعامل ، ذكر الشيخ برهان الدين بن الفركاح في « تعليقه » هـٰذا الفرع الثاني ، وقال : كذا قيل .

الثانية : المعتدة عن الوفاة بالحمل سكناها مقدم على التجهيز ؛ لأن الرافعي والنووي ذكرا : أنه يمتنع بيعها ؛ للجهل بقدر زمن العدة .

الثالثة : نفقة الأمة المزوجة وإن كانت ملكاً للسيد ، قال الرافعي : إلا أن حقها يتعلق بها ،

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ١٨٠) .
(٢) الحاوي (ص ٤١٠) .

قال : كما أن كسب العبد ملك للسيد ويتعلق به نفقة زوجته[1] .

الرابعة : كسب العبد بالنسبة إلىٰ نفقة زوجته كما ذكرناه .

الخامسة : إذا قبض السيد نجوم الكتابة ، ثم مات قبل الإيتاء ومال الكتابة باق. . ففي « الروضة » وأصلها : أن حق العبد يتعلق بعينه ، وحينئذ. . فيقدم[2] .

السادسة : إذا أعطى الغاصب قيمة المغصوب للحيلولة ثم قدر عليه. . رده ورجع بما أعطاه ، فإن كان تالفاً. . تعلق حقه بالمغصوب ، وقدم به ، نص عليه في « الأم »[3] ، وحكاه في « المطلب » ، ذكر هـٰذه الصور الستة في « المهمات » .

السابعة : لو اقترض ومات ولم يخلف سوىٰ ما اقترضه. . فللمقترض تفريعاً على المذهب أخذه بعينه .

الثامنة : لو أصدقها عيناً ثم طلقها قبل الدخول وماتت وهي باقية. . فله نصفها .

التاسعة : لو نذر التصدق بمال بعينه ومات قبل التصدق به .

العاشرة : إذا رد المشتري المبيع بعيب ومات البائع قبل قبض الثمن. . قدم به المشتري .

الحادية عشر : الشفيع مقدم بالشقص إذا دفع ثمنه للورثة ، حكي استثناؤها عن الأستاذ أبي منصور ، وفي هـٰذه الصورة وكثير من الصور المتقدمة نظر ، ومجموع ما ذكر من الصور خمس عشرة صورة .

واعلم : أن في معنىٰ مؤنة تجهيزه في التقديم على الدين الذي لا يتعلق بالعين : مؤنة تجهيز من عليه تجهيزه ، كما ذكره النووي من زيادته في (الفلس)[4] .

٣١٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٧] : (**وأسباب الإرث أربعة : قرابة**) أحسن من قول « المحرر » : (القرابة)[5] بالتعريف ؛ لإيهام التعريف أن كل قريب يرث ، وذوو الأرحام منهم لا يرثون .

٣١٦٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**فإن لم يكن له وارث. . انتقل ماله إلىٰ بيت المال ميراثاً للمسلمين**)[6] يفهم استواء جميع المسلمين في ذلك ، وذكر ابن الرفعة أنه يختص به أهل بلده ، ولا يجوز نقله عنهم إذا منعنا نقل الزكاة والوصية ، وذكر من نصه في « الأم »

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٦٢) .
(٢) فتح العزيز (١٣/ ٥٠٣) ، الروضة (١٢/ ٢٥٠) .
(٣) الأم (٣/ ٢٤٢ ، ٢٤٣) .
(٤) انظر « الروضة » (٤/ ١٤٦) .
(٥) المحرر (ص ٢٥٧) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٥٤) ، و« الحاوي » (ص ٤١٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٣٧) .

ما يعضده[1] ، وفي « سنن أبي داوود » و« الترمذي » ما يدل له[2] .

قال السبكي : ومقتضىٰ تشبيهه بالزكاة : اعتبار بلد المال ، ويحمل النص والحديث علىٰ ما إذا كان المال ببلد الميت ، فلو كان بغير بلده . . دفع إلىٰ أهل بلد المال . انتهىٰ .

وعبارة النص : (ونحن والمسلمون إنما يُعطون ميراثه أهل البلد الذي يموت فيه دون غيرهم)[3] وفي نص آخر فيمن خلَّف أختاً : (كان النصف مردوداً علىٰ جماعة المسلمين من أهل بلده)[4] .

٣١٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**والوارثون من الرجال خمسة عشر**) كذا في « الروضة » وأصلها[5] ، وعدهم « المنهاج » عشرة[6] ، فعدَّ الأخ واحداً ، وهو متناول للأخ الشقيق والأخ للأب والأخ للأم ، وابن الأخ واحداً ، وهو متناول للشقيق وللأب ، والعم واحداً ، وهو متناول للشقيق وللأب ، وابن العم واحداً ، وهو متناول لهما أيضاً ، وقول « المنهاج » [ص ٣٣٧] : (**والأب وأبوه وإن علا**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**والجد وإن علا**) لأنه قد يوهم تناول الجد للأم ، ولو عبرا بالذكور بدل الرجال . . لكان أحسن .

فإن قيل : لو قيل : الابن وإن سفل . . كفىٰ ؛ لأنا إن قلنا : ابن الابن ابن حقيقة . . فظاهر ، وإلا . . فقوله : (**وإن سفل**) قرينة تفيد إرادة المجاز أو الجمع بينه وبين الحقيقة ، ولا بد منه علىٰ هـٰذا القول ؛ لأن ابن الابن لا يطلق علىٰ من تحته إلا مجازاً .

قيل : هـٰذا صحيح ، ولكن أريد التنبيه علىٰ إخراج ابن البنت مع أنه يطلق عليه ابن مجازاً .

٣١٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**والوارثات من النساء إحدىٰ عشرة**) وعدهن « المنهاج » سبعاً[7] ، فجعل الجدة واحدة ، سواء أكانت من قبل الأب أو الأم ، والأخت واحدةً من الجهات الثلاث ، وأسقط مولاة المولاة ، وعدَّهُنَّ في « الروضة » وأصلها عشراً ؛ كـ« التنبيه »[8] ، إلا أنه أسقط مولاة المولاة ؛ لأن من أدلىٰ بالمولاة . . فهو في معناها ، ويقع في بعض نسخ « التنبيه » : (**وبنت الابن وإن سفلت**) ، وهو غلط ؛ لأنه يتناول بنت بنت الابن ، **والصواب** : ما في بقية

---

(١) الأم (٤/١٢٧) .
(٢) سنن أبي داوود (٢٩٠٢) ، والترمذي (٢١٠٥) عن عائشة رضي الله عنها : (أن مولىً للنبي صلى الله عليه وسلم مات وترك شيئاً ، ولم يدع ولداً ولا حميماً ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « أعطوا ميراثه رجلاً من أهل قريته ») .
(٣) انظر « الأم » (٤/١٢٧) .
(٤) الأم (٤/٧٦) .
(٥) فتح العزيز (٦/٤٤٩) ، الروضة (٦/٤) .
(٦) المنهاج (ص ٣٣٧) .
(٧) المنهاج (ص ٣٣٧) .
(٨) فتح العزيز (٦/٤٤٩) ، الروضة (٦/٤) .

النسخ ، و« المنهاج » [ص ٣٣٧] و« الحاوي » [ص ٤١١] : (**وإن سفل**) بغير تاء ، والضمير عائد على الابن ؛ يعني : أن بنت ابن الابن كبنت الابن ، وتعبيرهم بالزوجة لغة قليلة ، والفصيح : زوج ، للرجل والمرأة ، لكنها تستحسن في (الفرائض) للفرق .

٣١٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٧ ، ٣٣٨] : (**أو الذين يمكن اجتماعهم من الصنفين**) كذا في « المحرر » و« الشرح »[١] ، ولو عبروا كما في « الروضة » : (وإذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين)[٢] . . لكان أوضح ؛ لإمكان اجتماع الكل إلا أحد الزوجين ، فلا يوجد إلا أحدهما .

٣١٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٤] : (**فإن لم يكن سلطان عادل . . كان لمن في يده المال أن يصرفه في المصالح ، وأن يحفظه إلىٰ أن يلي سلطان عادل ، وقيل : يرد إلىٰ أهل الفرض غير الزوجين علىٰ قدر فرضهم إن كان هناك أهل فرض ، فإن لم يكن . . صُرف إلىٰ ذوي الأرحام**) فيه أمور :

أحدها : حكى الرافعي تصحيح الأول عن الشيخ أبي حامد وصاحب « المهذب » ، والثاني عن اختيار ابن كج وفتوىٰ أكابر المتأخرين[٣] ، وزاد النووي في « الروضة » : أن الثاني هو **الأصح أو الصحيح** عند محققي أصحابنا ، قال : وممن **صححه** وأفتىٰ به : أبو الحسن ابن سراقة ، ثم صاحب « الحاوي » والقاضي حسين والمتولي والخَبْري وآخرون ، قال ابن سراقة : وهو قول عامة مشايخنا ، **وعليه الفتوىٰ** اليوم في الأمصار ، ونقله صاحب « الحاوي » عن مذهب الشافعي ، قال : وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته ، وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال[٤] .

وذكر « المنهاج » أن الأول أصل المذهب ؛ أي : هو المذهب في الأصل ، وقد يطرأ على الأصل ما يقتضي مخالفته ، إلا أنه لم يذكر التفريع عليه ، ونقل الثاني عن فتوى المتأخرين[٥] ، وعلى الثاني مشى « الحاوي »[٦] .

ثانيها : ذكر تفريعاً على الأول التخيير بين صرفه في المصالح وحفظه إلىٰ ولاية عادل ، ومحله : في الأمين ، أما غيره . . فليس له ذلك ، والذي في « أصل الروضة » : أنه إن كان في البلد قاض بشروط القضاء مأذون له في التصرف في مال المصالح . . دُفع إليه ؛ ليصرفه فيها ، وإن لم يكن قاض بشرطه . . صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح وإن كان قاض بشرطه غير مأذون له في

---

(١) المحرر (ص ٢٥٧) ، فتح العزيز (٦/ ٤٥٠) .
(٢) الروضة (٦/ ٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٤٥٣) .
(٤) الروضة (٦/ ٦) .
(٥) المنهاج (ص ٣٣٨) .
(٦) الحاوي (ص ٤١٥) .

التصرف في مال المصالح . . فهل يدفعه إليه ، أم يصرفه الأمين بنفسه ، أم يوقف إلىٰ أن يظهر بيت المال ومن يقوم بشرطه ؟ فيه ثلاثة أوجه ، زاد في « الروضة » : الثالث ضعيف ، والأولان حسنان ، **وأصحهما** : الأول ، ولو قيل : يتخير بينهما . . لكان حسناً ، بل هو عندي أرجح[١] .

ويوافق ما صححه في « الروضة » قول الرافعي في (الشهادات) في موت المغصوب منه بلا وارث : أنه يدفعه إلىٰ قاض تعرف سيرته وديانته ، فإن تعذر . . تصدّق على الفقراء بنية الغرامة له ، ذكره العبادي في « الرقم » والغزالي في غير الكتب الفقهية[٢] .

ثالثها : قد ظهر بما ذكرناه القطع بأنه لا يصرف لبيت المال عند عدم انتظامه وإن كانت عبارة « المنهاج » توهم خلافه[٣] ، واستشكله السبكي بجواز صرف الزكاة إلى الجائر **في الأصح** ، بل هو أفضل علىٰ رأي ، بل يجب علىٰ قول في الأموال الظاهرة ، قال : ولا يحضرني إلا الفرق بجعل الشارع له ولاية على الزكاة بقوله : ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ﴾ بخلاف المواريث .

قلت : وقد يفرق بأن للزكاة مستحقين معينين بالأوصاف ، وقد ينحصرون بالأشخاص ، فهم يطالبون ، بخلاف جهة المصالح ؛ فإنها أعم من ذلك لا تتعين لجهة معينة ، فهي أقرب إلى الضياع ، وأن لا تقع موقعها عند عدم الانتظام ، والله أعلم .

٣١٦٨ـ وقول « المنهاج » [ص ٣٣٨] : (**بالرد علىٰ أهل الفرض غير الزوجين ما فضل عن فروضهم**) فيه إعمال المصدر المعرّف بأل ، ونصب (ما فضل) به إن قدر مبنياً للفاعل ، أو رفعه ـ وهو الظاهر ـ إن قدر مبنياً للمفعول ، وهو ضعيف في العربية ، والتقدير الثاني أضعف ، وقوله : (**غير الزوجين**) ليس في « المحرر »[٤] ، ولا بد منه .

ومحل استثنائهما : إذا لم يكونا من ذوي الأرحام ؛ فالزوجية غير مانعة ، ولا مقتضية ، وقوله : (**وهم : مَنْ سوى المذكورين**)[٥] أي : في اصطلاح الفرضيين ، وإلا . . فالرحم يشمل كل قريب ، وكذا قول « التنبيه » [ص ١٥٤] : (**وهم كذا وكذا**) تبيين لذوي الأرحام في الاصطلاح .

٣١٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٤] : (**يورثون علىٰ مذهب أهل التنزيل**) هو الذي قاله النووي : أنه **الأصح الأقيس**[٦] ، ومشىٰ عليه « الحاوي »[٧] ، ولم يتعرض له « المنهاج » ، وهو صريح في

---

(١) فتح العزيز (٦/٤٥٣) ، الروضة (٦/٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/٣٩) .
(٣) المنهاج (ص ٣٣٨) .
(٤) المحرر (ص ٢٥٧) .
(٥) المنهاج (ص ٣٣٨) .
(٦) انظر « الروضة » (٦/٤٥) .
(٧) الحاوي (ص ٤١٥) .

أن ذوي الأرحام يأخذون إرثاً ، وهو ظاهر « الحاوي » **وصححه** النووي ، وقال الرافعي : **الأشبه بأصل المذهب** : أنه على سبيل المصلحة[1] ، ووافقه السبكي ، وقول « المنهاج » [ص ٣٣٨] : (**صرف إلىٰ ذوي الأرحام**) يحتمل الوجهين .

فصل

[الفروض المقدرة في كتاب الله وبيان أصحابها]

٣١٧٠ـ بدأ الفرضيون بذكر النصف ، قال السبكي : ولعله لكونه مفرداً ، وكنت أود لو بدأوا بالثلثين ؛ لأن الله تعالىٰ بدأ به ، حتىٰ رأيت أبا النجاء وغيره بدأ به ، فأعجبني ذلك .

وقال النووي في « شرح التنبيه » : بدأ الشيخ تبعاً للشافعي والأصحاب بالزوج ، فإن قيل : هلاَّ بدؤوا بالأولاد كما في القرآن ؟ قيل : بدأ الله تعالىٰ بالأهم عند الآدمي ، وهو الولد ، ومقصود الفرضيين التعليم والتقريب من الإفهام ، فالابتداء بما يقل فيه الكلام أسهلُ وأقربُ إلى الفهم ، فيتدرب المتعلم ، والكلام على الزوجين أقل منه علىٰ غيرهما ، ومن هنا ابتدأ الناس في تعليم القرآن بآخره .

٣١٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٨] : (**والربع : فرض زوجةٍ ليس لزوجها واحدٌ منهما** ـ أي : ولد ، أو ولد ابن ـ **والثمن : فرضها مع أحدهما**) وكذا أكثر من واحدة ، ولو كن أربعاً . . يشتركن في الربع أو الثمن ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤١١] : (**وأكثر**) ، وصرح به « التنبيه »[2] .

٣١٧٢ـ قوله : (**وهم** ـ أي : أهل الفرض ـ **عشرة**)[3] فذكر منهم الجد مع الابن أو ابن الابن فرضه السدس .

يرد عليه : أنه قد يُفرض له الثلث ، وقد يفرض له السدس ، لا مع الولد أو ولد الابن ، وذلك في مسائل الجد والأخوة ، كما هو مذكور بعد ، وقد ذكره « المنهاج » في الثلث ، فقال [ص ٣٣٨] : (**وقد يفرض للجد مع الأخوة**) ، ولم يذكر ذلك في السدس ، بل اقتصر علىٰ أنه فرضه مع الولد أو ولد الابن ، واقتصر « الحاوي » علىٰ ذكر ذلك في مسائل الجد والأخوة[4] .

٣١٧٣ـ قول « التنبيه » في الأب والجد [ص ١٥٢] : (**له السدس مع الابن ، وابن الابن**) يخرج البنت ، وبنت الابن مع أنه يفرض لهما معهما السدس أيضاً ، ويأخذان الباقي تعصيباً ؛ ولذلك عبر

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٤٥٤) .

(٢) التنبيه (ص ١٥٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٥٢) .

(٤) الحاوي (ص ٤١٢ ، ٤١٣) .

« المنهاج » بالولد وولد الابن[١] ، ولفظ الولد يتناول الذكر والأنثىٰ ، وعبر « الحاوي » بالفرع[٢] ، ومراده : الفرعُ الوارثُ ، لا ولدُ البنت الذي هو من ذوي الأرحام .

٣١٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٩] : (**ولبنت ابن مع بنت صلب**) كذلك بنتا الابن ، وبنات الابن مع بنت الصلب فكان ينبغي التعبير به ، كما قال بعده : (**ولأخت أو أخوات لأب مع أخت لأبوين**)[٣] ، ولم يعبر به « التنبيه » و« الحاوي » فيهما ، فهو وارد عليهما .

فَصْلٌ

[في الحجب]

٣١٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٣] : (**ومن لا يرث . . لا يحجب أحداً عن فرضه**) محمول علىٰ من فيه مانع من الإرث لنقص فيه ؛ ككفر ورق ونحوهما ، دون من هو محجوب بغيره ، فقد يَحْجُب غيره حجب نقصان مع كونه لا يرث .

قال النووي في « تصحيحه » : **الصواب** : الحجب بمن لا يرث لغير نقصه ، وهو الأخوان مع أبوين يحجبانها إلى السدس ، وكذا أخوان لأم معها ، ومع جد ، وكذا أخ لأبوين ، وأخ لأب معها ، وكذا هـٰذان وجد[٤] .

وقال النشائي : نفي الإرث حقيقةً للنفي المطلق ، وهو من قام به المانع ؛ كالعبد والمرتد . . فلا يرد من لا يرث لوجود حاجب ، وقد سبق في كلام الشيخ ، فكيف يُخطَّأ به ؟[٥] .

قلت : ليس المقصود ، حقيقة التخطئة ، بل التنبيه على الصواب الذي اقتضت العبارة خلافه ، وقد استثناه « الحاوي » فقال [ص ٤١٦] : (**وشرط الحجب : الإرث ، لا في أبوين** . . . إلىٰ آخرها) إلا أنه أهمل الصورة الثالثة ، وهي : أخ لأبوين ، وأخ لأب معهما .

٣١٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٩] : (**الأب والابن والزوج لا يحجبهم أحد**) أي : حجب حرمان ، وهو المعقود له الفصل دون حجب التنقيص .

٣١٧٧ـ قوله : (**وابن الابن لا يحجبه إلا الابن أو ابنُ ابنٍ أقرب منه**)[٦] قد يقال : كيف يحجب ابن الابن ابن الابن ؟

---

(١) المنهاج (ص ٣٣٩) .

(٢) الحاوي (ص ٤١٢) .

(٣) المنهاج (ص ٣٣٩) .

(٤) تصحيح التنبيه (١/٤٦٦) .

(٥) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣٤) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٣٣٩) .

وجوابه : أن مراده أولاً : ابن الابن وإن سفل .

٣١٧٨ـ قوله : (**والجد لا يحجبه إلا متوسط بينه وبين الميت**)[١] أعم من قول « التنبيه » [ص ١٥٣] : (**ولا الجد مع الأب**) ومراده : الجد القريب ، فهو الذي يحجبه الأب خاصة ، ومراد « المنهاج » : الجد وإن بعد ، فعبر بالمتوسط ؛ ليتناول حجب الجد لأبيه وما فوقه من الصور .

٣١٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٣٩] : (**والعم لأبوين . . يحجبه هـٰؤلاء ، وابن أخٍ لأبٍ**) أورد عليه : أن العم يطلق علىٰ عم الميت ، وعم أبيه ، وعم جده ، وابن عم الميت يقدم علىٰ عم أبيه ، وابن عم أبيه يقدم علىٰ جده .

٣١٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٢] : (**وإن كانت ـ أي : الجدة ـ القربىٰ من قبل الأب . . ففيه قولان ، أصحهما : أنها تسقط البعدىٰ**) أي : من قبل الأم . **الأظهر** : أنها لا تسقطها ، وعليه مشى « المنهاج »[٢] ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٤١٦] : (**والبعدىٰ لأب بالقربىٰ لأم**) ونقله ابن يونس عن بعض نسخ « التنبيه » ، وقال صاحب « المعين » : قيل : إن الأول من سهو الكاتب ؛ لأن الأب لا يحجب الجدة من قبل الأم ، فكيف تحجبها الجدة التي تدلىٰ به ؟ .

فصل

[في المسألة المشرَّكة]

٣١٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٤٢] : (**في المشرَّكة ، وهي زوجٌ وأمٌ وولدا أمٍ وأخٌ لأبوين**) لا يختص ذلك بالأم ، فلو كان بدلها جدة . . فالحكم كذلك ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ١٥٤] و« الحاوي » [ص ٤١٦] : (**وأم أو جدة**) وعبر « التنبيه » [ص ١٥٤] بـ (**ولد الأب والأم**) ، وفيه إيهام ؛ لأنه قد يكون أنثىٰ ، وليس حكمه في ذلك كالذكر ، والمدار علىٰ أن يكون عصبة سواء أكان ذكراً أو أكثر ، أو ذكراً وأنثىٰ ، أو ذكوراً وإناثاً ؛ ولذلك عبر « الحاوي » [ص ٤١٦] بـ (**عصبة لأبوين**) ، وأقله : الأخ لأبوين ؛ فلذلك عبر به « المنهاج »[٣] .

٣١٨٢ـ قوله : (**وبنو الإخوة لأبوين أو لأبٍ كلٌّ منهم كأبيه اجتماعاً وانفراداً ، لكن يخالفونهم في أنهم لا يردون الأم إلى السدس ، ولا يرثون مع الجد ، ولا يعصبون أخواتهم ، ويسقطون في المشرَّكة**)[٤] تبع الرافعي في الاقتصار علىٰ هـٰذه الصور الأربع[٥] ، وزاد في « الروضة » ثلاث صور

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٣٩) .
(٢) المنهاج (ص ٣٤٠) .
(٣) المنهاج (ص ٣٤٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٤٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٤٧١ ، ٤٧٢) .

أخرىٰ ، وهي : أن الأشقاء يحجبون إخوة الأب ، وأولادهم لا يحجبونهم ، والأخ للأب يحجب ابن الشقيق ، وابنه لا يحجبه ، وبنو الإخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات[1] .

٣١٨٣ـ قوله : (**وكذا قياس بني العم وسائر عصبة النسب**)[2] أي : كل ابن من العصبة كأبيه ؛ فإنه ليس بعد بني الأعمام من عصبات النسب أحد .

قال السبكي : وقد يُورد عليه بنو الأخوات اللواتي هن عصبة مع البنات ، وليس بنوهن مثلهن ، وهن من عصبة النسب .

قال شيخنا ابن النقيب : وقد يجاب : بأن الكلام في العصبة بنفسه[3] .

قلت : هو كذلك ، والله أعلم .

٣١٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٣] : (**العصبة : كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثىٰ**) أراد به : العصبة بنفسه ، وقال في « الروضة » : إنه غير مطرد ولا منعكس ؛ فإنه يقتضي دخول الزوج وخروج المعتقة ، فينبغي أن يقول : كل معتق وذكر نسيب . . . إلىٰ آخره[4] ، وفي « المنهاج » [ص ٣٤٣] : (**العصبة : من ليس له سهم مقدر من المجمع علىٰ توريثهم**) وهـٰذا تفسير لمطلق العصبة أعم من العصبة بنفسه وبغيره ومع غيره ، لكنه عقبه بقوله : (**فيرث المال**)[5] ، وهـٰذا مختص بالعصبة بنفسه ، أما غيره . . فليس له حالة يستغرق فيها المال ، فتعريفه يدخله ، وحكمه يخرجه ، ومراده بكونه ليس له سهم مقدر : حال تعصيبه ؛ ليدخل الأب والجد والأخوات مع البنات ؛ لأن لهم في حالة أخرىٰ سهماً مقدراً ، ومع ذلك فيرد عليه شيئان :

أحدهما : من يرث بالتعصيب ، وهو ذو فرض ؛ كابن عم هو أخ لأم أو زوج ، فينبغي أن يزاد : (من جهة التعصيب) لأن الفرض لابن العم ليس من جهة التعصيب ، بل من جهة الزوجية أو إخوة الأم .

الثاني : من في إرثه خلاف ، وهو عند من ورثه عصبة ؛ كالقاتل ، والتوأمين المنفيين باللعان .

قال في « المهمات » : **فصوابه** : أن يقال : من ورث بمجمع على التوريث بمثله بلا تقدير .

---

(١) الروضة (٦/١٧) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٤٣) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/٣٤) .
(٤) الروضة (٦/٨) .
(٥) المنهاج (ص ٣٤٣) .



[الولاء للأخ أو الجد ؟]

٣١٨٥ـ قول « التنبيه » (في باب الولاء) [ص ١٤٩] : (**وإن كان له أخ وجد.. ففيه قولان ، أحدهما : الولاء للأخ**) هو الأظهر ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[١] ، وصرحا أيضاً بأن ابن الأخ يقدم على الجد .

فصل

[في المعادَّة]

٣١٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٤٤] و« الحاوي » [ص ٤١٦] ـ والعبارة له ـ : (**في المعادَّة**) ثم لأخت لأبوين إلى النصف والباقي لولد الأب والأختين إلى الثلثين ؛ أي : إن وجدت الأخت لأبوين النصف.. أخذته ، وإلا.. فتأخذ ما وجدت ؛ كجد وزوجة ، وأم وشقيقة وأخ لأب ، فتقتصر الشقيقة علىٰ ما فضل لها ، وهو ربع وسدس[٢] ، ولا تزاد عليه ، وكذلك نقول في الأختين : تأخذان الثلثين إن وجدتاه ، وإلا.. أخذتا ما وجدتا ؛ كجد وشقيقتين وأخت لأب هي من خمسة للجد سهمان ، والباقي ـ وهو ثلاثة ـ للشقيقتين ، وهو دون الثلثين ، فلا تزادان عليه ، وذلك يدل علىٰ أنه بالتعصيب ، وإلا.. لزيد ، وأعيلت .

فصل

[في موانع الإرث]

٣١٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**من مات وله مال.. ورث**) كان ينبغي التعبير بالحق ؛ ليتناول ما ليس بمال مما يختص به ؛ كالكلب المنتفع به والسرجين ونحوهما .

ويرد على المال : ما إذا نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته .

وعلى الحق : ما إذا اغتاب شخصاً وبلغه وتعذر استحلاله بموته.. فلا يورث ذلك عنه حتىٰ يحصل المراد بتحليل الورثة ، كما حكاه الرافعي عن الحناطي وغيره ، وطريقه أن يستغفر الله تعالىٰ .

٣١٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٤٤] : (**لا يتوارث مسلم وكافر**) قد يرد عليه : أن المنفي التوارث من الجانبين ، وهو صادق بانتفاء أحدهما ، وهو حاصل بالإجماع في أن الكافر لا يرث

---

(١) الحاوي (ص ٤١٧) ، المنهاج (ص ٣٤٣) .

(٢) كذا في كل النسخ ، ولعله سبق قلم ؛ إذ الصواب : (ربع وعُشر) كما لا يخفىٰ علىٰ متأمل ، انظر « تحفة المحتاج » (٦/٤١٤) ، و« حواشي الشرواني » (٦/٤١٤) .

المسلم ، فليس فيه تنصيص علىٰ أن المسلم لا يرث الكافر ، وهي مسألة خلاف بين العلماء ، فأحسن منه قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**ولا يرث أهل ملة من غير ملتهم**) وقول « الحاوي » [ص ٤١٧] : (**ولا يرث مخالف الإسلام**) أي : إذا اختلفا بالإسلام والكفر . . لم يرث أحدهما الآخر ، وحكى القاضي عبد الوهاب المالكي عن الشافعي : أن المسلم يرث الكافر بالولاء ، وكأنه توهم من قولنا بثبوت الولاء له عليه خلافاً لهم أنه يرثه ، وهو غلط نص الشافعي والأصحاب علىٰ خلافه ، ولا يرد علىٰ إطلاق أن المسلم لا يرث الكافر ما ذكره الرافعي وغيره : من أن الكافر إذا مات عن زوجة حامل ، ووقفنا الميراث للحمل ، فأسلمت ثم ولدت . . أنه يرث الولد مع كونه محكوماً بإسلامه ؛ لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت[١] ، وقد ورث منذ كان حملاً ؛ ولهٰذا نقل السبكي عمَّن هو منسوب إلى التحقيق في الفقه مرموق به من معاصريه : أن لنا جماداً يملك ، وهو النطفة ، واستحسنه السبكي ، والمذكور هو الشيخ الإمام زين الدين ابن الكتناني .

٣١٨٩ـ قولهم : (**إن المرتد لا يرث**)[٢] أطلقه الأصحاب ، وقيده ابن الرفعة في « المطلب » بما إذا دام على الردة حتىٰ قتل أو مات ، فإن عاد إلى الإسلام والموروث مسلم . . تبينا أنه ورثه سواء قلنا : زال ملكه بالردة أم لا .

ورده السبكي ، وقال : إنه مصادمة للحديث وخرق للإجماع ، قال : وممن نقل الإجماع علىٰ أن المرتد لا يرث من المسلم شيئاً وإن أسلم بعد ذلك الأستاذ أبو منصور البغدادي .

٣١٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**ولا يرث حربي من ذمي ، ولا ذمي من حربي**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٤٤] : (**المشهور : أنه لا توارث بين حربي وذمي**) لما قدمناه ، وعبر عنه في « الروضة » بالمذهب ، وبه قطع الأكثرون[٣] ، ولو عبَّرا بـ (المعاهد) كما في « الحاوي »[٤] . . لكان أحسن ؛ لأنه لا توارث بينه وبين الحربي ، وإذا ثبت ذلك في المعاهد . . فالذمي من طريق الأولىٰ ، وكذا المستأمن كالذمي ، ولا فرق في إرث الحربي من الحربي بين أن تتفق دارهما أو تختلف ؛ بأن يختلف الملوك ويرىٰ بعضهم قتل بعض كالروم والهند ، كذا في « الروضة » وأصلها[٥] ، لكنه في « شرح مسلم » نقل عن أصحابنا أن الحربيين في بلدين متحاربين لا يتوارثان[٦] ، ونقله السبكي عن مسودة « شرح التنبيه » للنووي .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٥٣٢) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٥١) ، و« الحاوي » (ص ٤١٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٤٤) .
(٣) الروضة (٦/٢٩) .
(٤) الحاوي (ص ٤١٧) .
(٥) فتح العزيز (٦/٥٠٧) ، الروضة (٦/٢٩) .
(٦) شرح مسلم (١١/٥٣) .

قال في « المهمات » : وهو وهم .

٣١٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**ومن بعضه حر وبعضه عبد . . فيه قولان ، أحدهما : يورث عنه ما جمعه بحريته**) **هو الأظهر** ، وعليه مشى « الحاوي »[1] ، وفي « المنهاج » [ص ٣٤٤] : (**إنه الجديد**) ، قال في « أصل الروضة » : وإذا قلنا به . . فالمال لمن له من قريب أو معتق ، وينبغي أن يقول : أو زوج[2] .

٣١٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٥١] : (**والثاني : أنه لا يورث**) قال النشائي : ظاهره علىٰ هٰذا : أنه لبيت المال ، وصححه الفرضيون ، **والأظهر** عند الأكثرين : أنه للسيد . انتهىٰ[3] .

وفي كون هٰذا ظاهره نظر ، والله أعلم .

٣١٩٣ـ قوله : (**وإذا مات المتوارثان بالغرق أو الهدم ، ولم يعرف السابق منهما . . لم يورث أحدهما من الآخر**)[4] أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٤٥] : (**لم يتوارثا**) لأن استبهام وقت الموت مانع من الحكم بالإرث لا من نفس الإرث ، وزاد « المنهاج » التصريح بعدم الإرث في موتهما معاً ، وهو معلوم من طريق الأولىٰ ، ولو لم نعلم هل ماتا معاً أو مرتباً . . فلا توريث أيضاً ، وتعبيرهما لا يتناول هٰذه الصورة ، فإنا لا ندري هل هنا سابق أم لا ؟

وقد يقال : تناولها ، فجهل السبق أعم من أن يكون مع علم بسبق ، أو مع الجهل به ، وقول « الحاوي » [ص ٤١٨] : (**ومن جُهل تأخر موته . . لا يرث**) يتناول هٰذه الصورة ؛ فإن مقتضاه : أنه يعتبر في الإرث تحقق تأخر الموت ، فعبارته أحسن من عبارتهما ، والله أعلم .

٣١٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٤٥] و« الحاوي » [ص ٤١٨] ـ والعبارة له ـ : (**وقُسم مال المفقود إذا حُكم بموته**) فيه أمران :

أحدهما : اختار السبكي أنه لا يُقسم ماله حتىٰ يتحقق موته بالبينة ، وعزاه للنص .

ثانيهما : قال الرافعي : إن كانت القسمة بالحاكم . . فقسمته تتضمن الحكم بالموت . انتهىٰ[5] .

ومقتضاه : أن تصرف الحاكم حكم حتىٰ لا يجوز نقضه ، وفي المسألة اضطراب ، وقال السبكي في (إحياء الموات) : **الصحيح** : أن تصرف الحاكم ليس بحكم ، ثم قال الرافعي : وإن اقتسموا بأنفسهم . . فظاهر كلامهم في اعتبار حكمه مختلف ، فيجوز أن يقال : إن اعتبرنا القطع . .

---

(١) الحاوي (ص ٤١٧ ، ٤١٨) .

(٢) الروضة (٦/ ٣٠) .

(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣٣) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٥١) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٦/ ٥٢٦) .

فلا حاجة إليه ، وإلا . . وجب ؛ لأنه في محل الاجتهاد[1] ، ورجح في « الشرح الصغير » : الاشتراط ، فقال : ولفظ « الوجيز » يشعر باعتبار حكم الحاكم ، وهو الظاهر[2] .

٣١٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٤٥] : (**ثم يُعطِي ماله من يرثه وقت الحُكم**) هـٰذا إذا أطلق القاضي الحكم ، أما إذا مضت مدة زائدة علىٰ ما يغلب على الظن أنه لا يعيش فوقه ، وحكم بموته من تلك المدة السابقة علىٰ حكمه بزمن معلوم . . فقال السبكي تفريعاً علىٰ رأي من يحكم بموته : ينبغي أن يصح ، ويُعطىٰ لمن كان وارثه في ذلك الوقت وإن كان سابقاً على الحكم ، قال : ولعله مرادهم ، وإن لم يصرحوا به .

٣١٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤١٧] : (**وإن وجد في شخص جهتا فرض وتعصيب ؛ كابن عم هو زوج ، أو أخ لأم . . ورث بالفرض والتعصيب**) استدرك عليه النووي في « التصحيح » و« المنهاج » أنه إذا وجد في نكاح المجوس أو الشبهة بنتٌ هي أختٌ . . ورثت بالبنوة فقط **على الأصح**[3] ؛ أي : ولا ترث بالتعصيب مع كونها أختاً ، والأخوات عصبة مع البنات ، وفي هـٰذا الاستدراك نظر ؛ لأنه ليس مع الأخت في هـٰذه الصورة بنت ، وإنما هي نفسها البنت ، وفي جعلها مُعصبةً لنفسها نظر ، وظن النشائي أن هـٰذا الاستدراك علىٰ قول « التنبيه » في ميراث أهل الفرض [ص ١٥٣] : (**وإن اجتمع في شخص جهتا فرض كالأم إذا كانت أختاً . . ورث بالقرابة التي لا تسقط ، وهي الأمومة ، ولا ترث بالأخرىٰ**) ، فقال : هو عين ما ذكره الشيخ ، وإنما عدل من التمثيل بكون الأم أختاً إلىٰ كون البنت أختاً ، ولا فرق ، لكن أفاد تصويره بكونه في نكاح المجوس أو الشبهة ، وحكاية الخلاف ، ولا شك في بُعد التوريث بهما ؛ ولذلك عبر في « الروضة » عن الأصح هنا بالصحيح المعروف[4] .

وكذا ظن شيخنا الإسنوي ، فقال : لا حاجة إليه ؛ لأنه في « التنبيه »[5] ، وقد عرفت أن الاستدراك إنما هو علىٰ تلك الصورة ، وعبارة « المنهاج » مُفصحة بذلك ؛ فإنه ذكر هـٰذا الاستدراك عقب المسألة الأولىٰ ، ثم ذكر الثانية بأقسامها ، واستدرك في « الكفاية » على المسألة الأولىٰ : أن محل ما ذكره فيها : إذا لم يكن في الورثة من يسقط أخوة الأم ، حتىٰ لو كان معهما بنت . . **فالأصح** : أن الباقي بعد فرضهما بينهما ببنوة العم ، ولا حاجة لاستدراكه ؛ لأن الأخ للأم لا يرث هنا بالفرض ؛ لوجود من يحجبه فلم يتناول كلامه .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/٥٢٦) .
(٢) الوجيز (١/٤٤٢) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/٤٦٧) ، المنهاج (ص ٣٤٦) .
(٤) الروضة (٦/٤٤) ، وانظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٣٣) .
(٥) التنبيه (ص ١٥٣) .



[في قسمة التركة]

٣١٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٤٦] : (**إن كان الورثة عصبات . . قُسِّم المال بالسوية إن تمحضوا ذكوراً أو إناثاً**) صورة الإناث المتمحضات المعتقات المتساويات ، قال السبكي : وينبغي أن يقال : هـٰذا الميت كميتين ، وكل من المعتقين أو المعتقتين له ميراث حصته ، فمسألة هـٰذا الميت مسألتان لا واحدة ، فلم يجتمع في مسألة عدد من الإناث عاصبات حائزات ، ولا يقال : لكل منهما نصف الميراث ، بل ميراث النصف ، ثم قال : **والظاهر** : أن هـٰذا لا أثر له ، ولا يختلف ؛ فلذلك حسن جعلهن عاصبات لمسألة واحدة ، قال : ولم يحضرني فرق بين إرث النصف ونصف الإرث .

٣١٩٨ـ قوله : (**وإن كان فيهم ذو فرض أو ذو فرضين متماثلين . . فالمسألة من مخرج ذلك الكسر**)(١) أورده شيخنا ابن النقيب بلفظ : (وإن كان معهم) أي : مع العصبات ، وقال : ليس وافياً بالغرض ؛ إذ قد يكونون كلهم ذوي فروض ، ومسألتهم من مخرج ذلك الكسر ؛ كشقيقتين وأخوين لأم ، فكان ينبغي أن يقول : (فإن كان في المسألة)(٢) .

٣١٩٩ـ قوله : (**فالأصول سبعة**)(٣) هـٰذه طريقة المتقدمين ، وزاد المتأخرون في مسائل الجد والأخوة حيث كان ثلث الباقي بعد الفرض خيراً له أصلين آخرين :

أحدهما : ثمانية عشر ؛ كجد وأم وأخوة .

والثاني : ستة وثلاثون ؛ كجد وأم وزوجة وأخوة ، ومن لم يقل بالزيادة . . يصححهما بالضرب ؛ **فالأولىٰ** من ستة للأم سهم ، تبقىٰ خمسة تضرب مخرج الثلث في الستة تبلغ ثمانية عشر ، **والثانية** من اثني عشر يُخرج بالفرضين خمسة ثم يضرب مخرج الثلث في اثني عشر تبلغ ستة وثلاثين ، واستصوب الإمام والمتولي صنيع المتأخرين(٤) ؛ لأن ثلث ما يبقىٰ والحالة هـٰذه مضموم إلى السدس والربع ، فلتكن الفريضة من مخرجها ، وقال النووي : إنه **المختار الأصح** الجاري على القاعدة ؛ لما سبق ؛ ولكونها أخصر(٥) .

* * *

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٤٦ ، ٣٤٧) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/٥٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٤٧) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٩/١٣٣ ، ١٣٤) .
(٥) انظر « الروضة » (٦/٦٣) .

كتاب الوصايا

٣٢٠٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٢٢] : **(تصح وصية الحر)** اقتصر في الموصي على الحرية ، وزاد « المنهاج » : التكليف[(١)] ، ولا بد منه ؛ ليخرج الصبي والمجنون ، وكان ينبغي أن يقولا : (مختار) ليخرج المكره ، وقد تناول ذلك جميعه تعبير « التنبيه » بجواز التصرف[(٢)] .

ودخل في عبارتهم : الكافر ، وصرح به « المنهاج »[(٣)] ، ويدخل فيه الحربي ، وصرح به الماوردي[(٤)] ، وتعبير « الوسيط » بالذمي يحتمل التقييد والتمثيل[(٥)] ، ويدخل فيه أيضاً : المرتد ، وقد صحح الروياني وصيته إن قيل ببقاء ملكه .

٣٢٠١ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : **(وفي الصبي المميز والمبذر قولان)** فيه أمور :

أحدها : **الأصح** : بطلانها من الصبي ، وعليه مشى « المنهاج »[(٦)] .

ثانيها : **الأصح** في المبذر : طريقة القطع بالصحة ، وإن كان **الأشهر عند العراقيين** : طريقة القولين ، كما ذكره في « المطلب » .

ثالثها : محل الخلاف المشهور في المبذر الذي طرأ له التبذير : ما إذا حُجر عليه تفريعاً **على الأصح** : أنه لا بد من حجر الحاكم . . فقبل الحجر تصح وصيته ؛ ولذلك عبر « المنهاج » بقوله [ص ٣٥١] : **(وكذا محجور عليه بسفه على المذهب)** وإنما قيدتُ أولاً الخلاف بالمشهور ؛ لأنا إذا فرعنا علىٰ عود الحجر من غير حاكم . . ففيه الخلاف في المحجور ، فظهر أن الخلاف في غير المحجور موجود ، لكنه علىٰ ضعيف .

٣٢٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٠] : **(ولا تجوز الوصية إلا في معروف) المشهور** : الاكتفاء في الجهة بانتفاء المعصية، وفي المعين بإمكان الملك؛ ولذلك قال «المنهاج» [ص ٣٥١] : **(وإذا أوصىٰ لجهة عامة . . فالشرط : ألاَّ يكون معصية كعمارة كنيسة ، أو لشخص . . فالشرط : أن يُتصوَّر له الملك)**، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٢٢] : **(لجهة عامة غير معصية ، أو لموجود معين أهل للملك عند موته)** فقيد أهلية الملك بحالة موت الموصي، واعتبر أن يكون معيناً؛ ليخرج الوصية لأحد الرجلين.

---

(١) المنهاج (ص ٣٥١) .
(٢) التنبيه (ص ١٣٩) .
(٣) المنهاج (ص ٣٥١) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ١٩٠) .
(٥) الوسيط (٤/ ٤٠٨) .
(٦) المنهاج (ص ٣٥١) .

ويستثنىٰ منه : ما إذا كان بلفظ العطية ، كما إذا قال : أعطوا العبد لأحد الرجلين . . فإنه جائز ، كما حكاه الرافعي عن « المهذب » و« التهذيب » وغيرهما تشبيهاً بما إذا قال لوكيله : بعه لأحد الرجلين[1] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن الضبط بتصور الملك ليس بمستقيم ؛ فالعبد لا يتصور له الملك ، والوصية له صحيحة ، حتىٰ لو أُعتق قبل الموت . . كانت له ، وتمثيل « التنبيه » و« المنهاج » للمعصية بعمارة كنيسة محمول علىٰ كنيسة التعبد[2] ، أما كنيسة ينزلها المارة ، أو وقفها علىٰ قوم يسكنونها ، أو يحمل كراؤها للنصارىٰ . . فيجوز والمعصية في بناء كنيسة يجتمعون فيها على الشرك ، نص عليه ، وقال الماوردي : إن خص نزولها بأهل الذمة . . لم يجز وإن جازت الوصية لهم ؛ لأن فيه جمعاً لهم ، فَيُفْضي إلى التعبد[3] ، واختاره السبكي ، وزاد : أنه يشترط ألاَّ يسميها باسم الكنيسة ، قال : فإن سماها باسمها . . بطل قطعاً .

٣٢٠٣ـ قول « المنهاج » في الوصية للحمل الموجود [ص ٣٥١] : (**فإن انفصل لستة أشهر فأكثر والمرأة فراش زوج أو سيد . . لم يستحق**) فيه أمور :

أحدها : كذا في كلام الرافعي والنووي وغيرهما هنا تبعاً للنص إلحاق الستة الأشهر بما فوقها[4] ، وذكروا في الطلاق والعدد ما يقتضي إلحاقها بما دونها ؛ لأنه لا بد من تقدير لحظة للعلوق وأخرىٰ للوضع ؛ ولهـٰذا قال في « المهمات » : **الصواب** : إلحاقها بما دونها ؛ ولهـٰذا قال الرافعي في (العدد) : إن أقصىٰ ما بين التوأمين ستة أشهر[5] .

ثانيها : قيده الإمام بما إذا ظن أنه يغشاها ، أو أمكن بأن كان في بلد ولا مانع[6] .

ثالثها : يشترط أيضاً : إمكان اللحوق به ، فلو كان بين أول فراشه والوضع دون أقل مدة الحمل . . كان وجود فراشه كعدمه ، ذكره في « المهمات » وقال : تعليلهم يدل عليه .

٣٢٠٤ـ قوله : (**فإن لم تكن فراشاً وانفصل لأكثر من أربع سنين . . فكذلك ، أو لدونه . . استحق في الأظهر**)[7] فيه أمران :

أحدهما : ذكر الضمير في قوله : (**لدونه**) تبعاً لـ« المحرر »[8] ليعود علىٰ (**أكثر**) ، فيفيد

---

(١) المهذب (١/ ٤٥١ ، ٤٥٢) ، التهذيب (٥/ ٧٧) ، وانظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٥) .
(٢) التنبيه (ص ١٤٥) ، المنهاج (ص ٣٥١) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٤/ ٣٢١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ١٠) ، و« الروضة » (٦/ ٩٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٤٧) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ١١٥ ، ١١٦) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣٥١) .
(٨) المحرر (ص٢٦٨) .

أنه لو انفصل لأربع سنين بغير زيادة . . استحق ، وهي فائدة حسنة .

ثانيهما : قال السبكي : صورته كما يقتضيه كلام أبي الطيب في متوفىٰ عنها أو مطلقة ، أما من لم يعرف لها زوج ولا سيد . . فينبغي القطع بعدم الاستحقاق ؛ لانتفاء الظهور حينئذ ، وانحصار الطريق في الشبهة أو الزنا ، قال : وهٰذا لم أر من صرح به ، بل قلته تفقهاً .

قلت : لا بد من ذلك ، ومعنىٰ قولهم : (**ليست فراشاً**) أي : قائماً ، أما كونها كانت فراشاً . . فلا بد منه ، والله أعلم .

٣٢٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٠] : (**وإن وصىٰ لما تحمل هٰذه المرأة . . صح ، وقيل : لا يصح**) **الأصح** : أنه لا يصح ، وعليه يدل قول « المنهاج » [ص ٣٥٢] : (**وعُلم وُجوده عندها**) و« الحاوي » [ص ٤٢٢] : (**أو لموجود**) .

٣٢٠٦ـ قول « المحرر » [ص ٢٦٨] : (**ولو أوصىٰ لعبد إنسان**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٥١] : (**لعبد**) لإشعاره بأنه ليس عبداً للموصي ، والحكم المذكور محله في عبد الأجنبي ، أما عبد نفسه ؛ فإن أوصىٰ له برقبته . . صح ، وهي وصية مقصودها العتق ، **والأصح** : افتقارها إلى القبول ، وإن أوصىٰ له بثلث ما يملك من رقبته وغيرها . . صح كذلك ، ويبقىٰ باقيه لوارثه ، فإن لم يذكر رقبته . . **فالأصح** : دخول رقبته في الوصية كالصورة قبلها ، والثاني : لا ، وهي وصية لقن وارثه ، وحكمه : أنه إن باعه وارثه قبل موت الموصىٰ . . فهي للمشتري ، وإن أعتقه . . فللعتيق ، وإن استمر ملكه . . فوصية لوارث .

٣٢٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن أوصىٰ لعبد فقبل . . دفع إلىٰ سيده**) محله : ما إذا استمر رقه ، فإن عتق قبل موت الموصىٰ . . فالوصية له ، وإن عتق بعد موته ثم قبل . . بُني علىٰ أن الوصية بم تملك ؟ ذكره « المنهاج » ، وقال « الحاوي » في تمثيل موجود معين أهل للملك عند موته [ص ٤٢٢] : (**كعبد عتق**) ولا يفهم منه البطلان فيما إذا لم يعتق ، بل يكون لسيده ، والتقييد بكونه عتق ؛ لكونه هو المستحق للوصية ، لا لأصل صحتها ، فذكر مثالاً ، ولم يستوعب الأمثلة .

واعلم : أنهم أطلقوا الكلام في الوصية لعبد غيره ، ولم يفصلوا كما فصلوا في (الوقف) و(الهبة) ، فقالوا : إن قصد العبد نفسه . . بطل **في الجديد** ، أو السيد أو أطلق . . فلسيده ، والفرق أن الاستحقاق في الوصية منتظر ؛ فقد يعتق . . فتكون له ، أو لا . . فلسيده ، بخلاف الهبة والوقف ؛ فإن الاستحقاق فيهما ناجز ، فأبطلنا فيما إذا قصد من ليس أهلاً للملك ، وصححنا في غيره ، أشار السبكي إلىٰ معناه .

٣٢٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥١] : (**وإن وصَّىٰ لدابة وقصد تمليكها أو أطلق . . فباطلةٌ**) هو

مفهوم « الحاوي » حيث اعتبر في الصحة شرط الصرف في علفها[1] ، ولم يحكوا هنا خلافاً في البطلان حالة الإطلاق ، وذكروا في إطلاق الوقف عليها وجهين ، هل يكون لمالكها ؟ قال الرافعي : فيشبه مجيئها هنا[2] ، وقد يفرق بأن الوصية تمليك محض ، فينبغي إضافته إلىٰ من يملك بخلاف الوقف ، قال النووي : والفرق واضح[3] .

وضعفه ابن الرفعة : بأن الوقف وإن لم يكن فيه تمليك الرقبة . . فهو ينقل المنفعة .

ورده السبكي : بأن المنفعة تابعة للعين ، وإنما يملكها عند التناول .

٣٢٠٩ـ قولهما ـ أيضاً والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن قال : ليُصرف في علفها . . فالمنقول : صحتها**)[4] عبارة « المحرر » : (فالظاهر)[5] ، قال في « الدقائق » : ومراد « المحرر » بالظاهر : ما ذكرناه من أنه المنقول ، لا أنه ناقل لخلاف في صحتها ، بل أشار إلى احتمال خلاف[6] .

قلت : والمراد به ما ذكره في « الشرح » : أنه تقدم في نظيره من الوقف وجهان[7] ، فيشبه أن هـٰذا مثله .

٣٢١٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٢٢] : (**وصُرف**) قد يوهم تسليمه للمالك ليصرفه ، وليس كذلك ، بل يصرفه الوصي ، فإن لم يكن . . فالقاضي أو نائبه ، وهـٰذا تفريع **على الأصح** ، وهو : الصرف في علفها ، ومقابله : يُسَلم إلى المالك ، ولا يلزمه صرفه في علفها ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه **الأقوىٰ** ، فلو باعها . . قال الرافعي : فقياس كونها للدابة : الاستمرار لها ، وقياس كونها للمالك : كونها للمنتقل عنه[8] ، قال النووي : بل القياس : أنها للمنتقل إليه ؛ كالوصية للعبد[9] .

وصحح ابن الرفعة قول الرافعي .

قال السبكي : وهو الحق إن انتقلت بعد استقرارها بالقبول أو بالموت إن قيل به ، وإن انتقلت قبل الموت . . **فالحق** قول النووي ، قال : وهو قياس العبد في التقديرين .

٣٢١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٠] : (**وإن أوصىٰ لحربي . . فقد قيل : يصح ، وقيل : لا يصح**)

---

(١) الحاوي (ص ٤٢٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/١٨) .
(٣) انظر « الروضة » (٦/١٠٥) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٤٢٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٥١) .
(٥) المحرر (ص ٢٦٨) .
(٦) الدقائق (ص ٦٦) .
(٧) فتح العزيز (٧/١٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/١٩) .
(٩) انظر « الروضة » (٦/١٠٦) .

الأصح : الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، ومحله : ما إذا أوصىٰ له بغير آلة الحرب ، فإن أوصىٰ له بها . . فكبيعها منه ، قاله الإمام[2] ، وتبعه في « الكفاية » ، وهو واضح ، وقياس ما سنذكره في المرتد : أنه لو أوصىٰ لمن يحارب . . بطلت ، وهو كذلك .

٣٢١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٢] : (**ومرتد في الأصح**) ليست في « المحرر » ، وهي في « الروضة » ، وذكرها « الحاوي »[3] ، وصورتها : أن يوصىٰ لشخص وهو مرتد ، فلو أوصىٰ لمن يرتد . . بطل ، أو لمسلم فارتد . . فهي جائزة ، ذكرهما الماوردي[4] ، وعبارة « المنهاج » تقتضي استواء الحربي والمرتد في الخلاف ، وجعل بعضهم المرتد أولىٰ بالصحة ، وجعله بعضهم أولىٰ بالمنع .

٣٢١٣ـ قولهم : (**بصحة الوصية للقاتل في الأظهر**)[5] فيه أمور :

أحدها : أن محله : فيما إذا كان الموصىٰ له حراً ، فلو أوصىٰ للقاتل الرقيق . . صح قطعاً ؛ لأنها لسيده .

ثانيها : أن محله أيضاً : في الوصية لمعين هو قاتل ، فلو أوصىٰ لمن يقتله . . بطلت الوصية قطعاً ، ذكرهما في « الكفاية » .

واعترض عليه : بأنه لا حاجة إليهما ، أما الأول : فلأنها للسيد ، فليست وصيةً للقاتل ، فإن قتله السيد . . جرى الخلاف ، وأما الثاني : فهو معلوم من بطلان الوصية بالمعصية .

ثالثها : أن محله : إذا أوصىٰ له بغير القود ، فإن أوصىٰ له بالقود ، أو عفىٰ عنه في المرض . . صح جزماً ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني عن « تعليق الشيخ أبي حامد » ، وفي « الروضة » وأصلها فيما لو قطع عضواً من شخص فقال : عفوت عن هـٰذه الجناية ، فسرت إلى النفس في أرش العضو ؛ إن جرىٰ لفظ الوصية . . فهي وصية للقاتل ، **والأصح** : صحتها ، وإن جرىٰ لفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط . . **فالمذهب** : أنه يسقط أرش العضو قطعاً ؛ لأنه إسقاط ناجز ، والوصية هي التي تتعلق بالموت[6] .

رابعها : المراد : الوصية لقاتل الموصي ، فلو أوصىٰ لقاتل غيره ؛ فإن كان بعد قتله . . صح ، وذكر القتل تعريف ، أو قبله . . فلا ؛ لأن فيه إغراء .

---

(١) الحاوي (ص ٤٢٢) ، المنهاج (ص ٣٥٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٢٨٧) .
(٣) الحاوي (ص ٤٢٢) ، الروضة (٦/ ١٠٧) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ١٩٣) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٠) ، و« الحاوي » (ص ٤٢٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٢) .
(٦) الروضة (٩/ ٢٤٣) .

قال في « التوشيح » : إلا أن يكون القتل بحق . . فيظهر الصحة وإن قلنا : لا فرق في الوصية للقاتل بين أن يكون بحق أو باطل ؛ لأن ذاك في قاتل نفسه ، فيسلك به مسلك الميراث ، ولا كذلك قاتل غيره بحق ؛ إذ لا مانع من الصحة فيه .

٣٢١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٢] : (**وتصح بالحمل ، ويشترط انفصاله حياً لوقت يُعلم وجوده عندها**) كذا لو انفصل ميتاً مضموناً بجناية جانٍ . . لا تبطل الوصية ، وتنفذ من الضمان ؛ لأنه انفصل متقوماً ، بخلاف ما لو أوصىٰ لحمل فانفصل ميتاً بجناية . . فإنها تبطل ؛ لأن المعتبر المالية ، وبخلاف ما لو أوصىٰ بحمل ناقة فألقته ميتاً بجناية . . فإنها تبطل ، وما يغرمه الضارب للوارث ؛ لأن ما في جنين الأمة بدل منه ؛ لأنه ديته ، وما في جنين البهيمة بدل منها ؛ لأنه ما نقص منها ، قاله الماوردي[1] .

وعُلم منه أنَّ مسألة « المنهاج » في حمل الأمة ، وعبارة « الروضة » : بحمل فلانة[2] ، وهو كناية عن العاقل ، ويقال في غير العاقل : (الفلان) بالألف واللام .

٣٢١٥ـ قوله : (**وكذا بثمرة أو حمل سيحدثان في الأصح**)[3] ، كان ينبغي أن يقول : (سيحدث) لأن التثنية مع العطف بأو ضعيف .

٣٢١٦ـ قوله : (**وبنجاسة يحل الانتفاع بها ؛ ككلب معلم**)[4] أوضحه « الحاوي » بقوله [ص ٤٢٣] : (**وكلب صيدٍ وزرع وماشية إن كان له**) وهو معنىٰ قول « التنبيه » في أمثلة الوصية بما يجوز الإنتفاع به من النجاسات [ص ١٤٢] : (**والكلب**) وقد يفهم كلامهم المنع في الجرو القابل للتعليم ؛ لأنه ليس الآن معلماً ولا كلب صيد حقيقة ولا ينتفع به ، **والأصح** : جوازه بناء علىٰ جواز اقتنائه لذلك ، ولو كان الموصىٰ له ليس صاحب صيد ولا زرع ولا ماشية . . ففيه وجهان نقلهما الماوردي[5] .

٣٢١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**ولا يجوز بما لا يجوز الانتفاع به كالخمر**) قال في « الكفاية » : كذا أطلقه العراقيون بناء على الصحيح عندهم في أنه لا فرق بين المحترمة وغيرها ، والذي ذكره الرافعي والنووي: جواز الوصية بالمحترمة[6]، وعليه مشى «المنهاج» و«الحاوي»[7] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٢١٩) .
(٢) الروضة (٦/١١٦) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٢) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٢) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٢٣٦) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٨) ، و« الروضة » (٦/١٢٠) .
(٧) الحاوي (ص ٤٢٣) ، المنهاج (ص ٣٥٢) .

وقال ابن الرفعة في المحترمة التي استحكمت وأيس من عودها خلاً إلا بصنع آدمي : **الأشبه فيما نظنه** : أنه لا يجوز إمساكها ، فلا تجوز الوصية بها ، ويستثنىٰ هـٰذا من الخمرة المحترمة .

٣٢١٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن كان له كلب . . دفع إليه ثلثه**) محله : ما إذا لم يكن له مال أصلاً ، فإن كان له مال وإن قل . . دفع إليه جميع الكلب ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] .

٣٢١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٢] : (**ولو أوصىٰ بطبل اللهو . . لغت إلا إن صلح لحربٍ أو حجيج**) كذا لو صلح لمنفعة مباحة غيرهما ؛ ولذلك عبر به « التنبيه »[(٢)] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٢٣] : (**وطبل لهو يصلح للمباح**) ، والمراد : صلاحيته لذلك وهو علىٰ هيئته أو مع تغيير يبقىٰ معه اسم الطبل .

فصل

[في الوصية بالثلث وما زاد عليه]

٣٢٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٢] : (**ينبغي ألا يوصي بأكثر من ثلث ماله**) كذا في « الروضة » أيضاً[(٣)] ، وهو أحسن من قول الرافعي في كتبه : لا ينبغي أن يوصي بأكثر من ثلث ماله[(٤)] ، وقد زاد علىٰ ذلك المتولي والخوارزمي ، فصرحا بكراهة الزيادة على الثلث ، وقال القاضي الحسين : إنه لا يجوز ، وقال السبكي : ينبغي إن قلنا : إجازة الزائد ابتداء عطية . . أن تحرم الوصية ؛ لأنها عقد فاسد قصد به تحقيق حكم غير مشروع ، وإن قلنا : تنفيذ . . فكبيع الفضولي ، وهو حرام ، أو يكون أولىٰ بالجواز ؛ لأنه تصرف في ملكه ، أو تكون جائزة غير لازمة وللوارث إبطالها ، ومفهوم قول « التنبيه » [ص ١٤٠] : (**وتجوز الوصية بثلث المال**) أن الزيادة عليه لا تجوز .

٣٢٢١ـ قوله : (**فإن كان ورثته أغنياء . . استحب أن يستوفي الثلث ، وإن كانوا فقراء . . استحب ألاَّ يستوفي الثلث**)[(٥)] كذا نص عليه في « الأم » فقال : فإذا تركهم أغنياء . . اخترت أن يستوعب الثلث ، وإذا لم يدعهم أغنياء . . كرهت له أن يستوعب الثلث[(٦)] ، ونقله النووي في

---

(١) الحاوي (ص ٤٢٣) ، المنهاج (ص ٣٥٢) .

(٢) التنبيه (ص ١٤٣) .

(٣) الروضة (٦/١٠٨) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٤١) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٠) .

(٦) الأم (٤/١٠١) .

« شرح مسلم » عن الأصحاب[1] ، لكنه رجح في « الروضة » : استحباب النقص عن الثلث مطلقا[2] .

٣٢٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٢] : (**فإن زاد وَرَدَّ الوارث . . بطلت في الزائد**) يفهم أن محل ذلك : فيمن له وارث خاص ، وكذا يفهمه قول « الحاوي » [ص ٤٢٢] : (**كالزائد على الثلث لداه**) أي : عند إجازة الوارث بعد الموت ، فأما إذا لم يكن له وارث خاص . . فالوصية بالزيادة على الثلث باطلة ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ١٤٠] : (**فإن وصىٰ بأكثر من الثلث ولا وارث له . . بطلت الوصية فيما زاد على الثلث**) .

٣٢٢٣ـ قوله : (**وإن كان له وارث . . ففيه قولان ، أحدهما : تبطل الوصية ، والثاني : تصح ، وتقف علىٰ إجازة الوارث**)[3] **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٣٢٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٠] : (**فإن قال : ظننت أن المال كثير وقد بان خلافه . . ففيه قولان ، أحدهما : يقبل ، والثاني : لا يقبل**) صحح النووي في « تصحيح التنبيه » : أنه لا يقبل[5] ، لكنه في « الروضة » وأصلها جعل القولين مفرعين علىٰ أن الإجازة تنفيذ ، وهو **الأصح** ، وقال : إن القبول هو الذي أورده المتولي[6] ، وحكاه في « الكفاية » عن تصحيح البندنيجي والروياني وغيرهما ، **وصححه** السبكي ، وانعكس علىٰ صاحب « المهمات » ما حكاه في « الكفاية » عن البندنيجي والروياني .

أما إذا فرعنا علىٰ أن الإجازة ابتداء عطية . . لم يقبل قطعاً ، وذكر صاحب « المعين » : أن محل القولين : إذا لم تكن التركة في يد المجيز ولم يعلم قدرها ، فإن كانت في يده . . لم يقبل قطعاً .

٣٢٢٥ـ قوله : (**وإن كان الجميع عتقاً ولم تجز الورثة . . جُزِّىء ثلاثة أجزاء وأقرع بينهم**)[7] قال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » : **الصواب** : اختصاص تجزئتهم ثلاثة أجزاء بحالة استواء العدد والقيمة ، كما إذا كانوا ثلاثة أعبد ، وكل عبد منهم ثلث ماله ، ووراءه خمسة أحوال لا يأتي فيها ذلك[8] .

---

(١) شرح مسلم (٨٣/١١) .
(٢) الروضة (١٢٢/٦) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٤٠) .
(٤) الحاوي (ص ٤٢٢) ، المنهاج (ص ٣٥٢) .
(٥) تصحيح التنبيه (٤٣٥/١) .
(٦) فتح العزيز (٢٧/٧) ، الروضة (١١١/٦) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٤١) .
(٨) تذكرة النبيه (٢٣٦/٣) .

٣٢٢٦ـ قوله : (**ويُكتَبُ ثلاث رقاع في كل رقعة اسم ، ويترك في ثلاث بنادق من طين متساوية ، وتوضع في حجر رجل لم يحضر ذلك ، ويؤمر باخراج واحد منها على الحرية ، فيعتق من خرج اسمه ويرق الباقون**)[1] هـٰذه الهيئة أحوط ، لكنها لا تتعين في القرعة ، بل يجوز بالنوىٰ والبعر والأقلام وغيرها .

٣٢٢٧ـ قوله : (**وإن كان فيها عتق وغير عتق . . ففيه قولان ، أحدهما : يقدم العتق ، والثاني : يسوىٰ بين الكل**)[2] **الأظهر** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج »[3] .

٣٢٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤١] : (**وإن وصىٰ بثلث عبد ، فاستحق ثلثاه ؛ فإن احتمل ثلث المال الباقي . . نفذت الوصية فيه ، وإن لم يحتمل . . نفذت في القدر الذي يحتمل ، وقيل : لا تصح الوصية إلا في ثلثه ، وليس بشيء**) مقتضىٰ كلامه : أنه وجه ضعيف ، وعبر في « الروضة » بالأظهر[4] ، وذلك يقتضي أنه قول قوي ، وقال في « الكفاية » : الخلاف مفروض فيما إذا ملكه الموصي في الظاهر بسبب واحد ، أو ملك الثلث بسبب والثلثين بسبب آخر ، وأطلق الوصية ، أما إذا قال : أوصيت لك بما ملكته بسبب كذا . . صحت الوصية وجهاً واحداً إذا لم يكن هو المستحق ، قاله القاضي حسين والمتولي .

فصل

[الوصية بما زاد على الثلث حال المرض المخوف]

٣٢٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٣] : (**إذا ظننا المرض مخوفاً . . لم ينفذ تبرُّعٌ زاد على الثلث**) أورد عليه : أنه إن أريد : عدم النفوذ في الباطن . . فلا فرق بين أن نظنه كذلك أم لا إذا بان مخوفاً ؛ فإن المناط نفس المرض المخوف لا ظنُّنا ، وإن أريد : في الظاهر . . فهو مخالف للأكثرين ؛ حيث قالوا : إذا أعتق في مرضه أمةً . . يجوز لوليها أن يزوجها ؛ لأنها حرة في الظاهر ، فإن تحققنا نفوذه . . استمرت الصحة ، وإلا ؛ فإن رد الورثة أو أجازوا وقلنا : هي عطية مبتدأة . . بان الفساد ، أو تنفيذ . . فكما لو خرجت من الثلث .

وأيضاً : فإن حمل الثلث على الثلث المعتبر عند الموت وهو مجهول الآن . . فلا يشترط فيه الظن ، وإن حمل على الثلث الحاصل حال التبرع . . فهو خلاف قول الأكثرين ؛ ولذلك لم يعتبر

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤١) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٤١) .
(٣) المنهاج (ص ٣٥٣) .
(٤) الروضة (٦/٢٠٧) .

« الحاوي » الظن ، فقال [ص ٤٢٥] : (**ويمنع من الزائد عليه في المرض المخوف**) ، وقول « المنهاج » [ص ٣٥٣] : (**فإن برأ . . نفذ**) أي : استمر نفوذه ، فلو لم يبرأ بل مات بهدم أو غرق أو ترد أو قتل . . فقال الماوردي : ينفذ أيضاً[(١)] ، وقال القاضي حسين والبغوي : يحسب من الثلث[(٢)] ، وحكاه في « الروضة » عن البغوي ، وأقره[(٣)] ، وقال ابن الرفعة : في نصه في « الأم » ما يدل عليه[(٤)] ، واختاره السبكي .

٣٢٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤١] في المرض المخوف : (**والزحير المتواتر**) و« الحاوي » [ص ٤٢٦] : (**وتواتر الإسهال**) لا يتوقف الخوف علىٰ تواتره ، بل لو خرج الطعام غير مستحيل ، أو كان يخرج بشدة ووجع ، أو ومعه دم . . كان مخوفاً أيضاً ، وقد ذكرها « المنهاج » ، لكنه فصل بينها وبين الإسهال المتواتر بالدق ، وابتداء الفالج[(٥)] ، وذكر السبكي أن الذي في أصل المصنف من « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**وإسهال متواتر ، وكذا خروج طعام** . . . إلىٰ آخره)[(٦)] فقوله : (**وكذا**) معطوف علىٰ متواتر الذي هو صفة للإسهال ، لا على الإسهال نفسه ، لكن خرَّج النووي علىٰ حاشية « المنهاج » : (ودق ، وابتداء فالج) ، فقطع بين (متواتر) وما بعده بهما ، فصار قوله : (وكذا خروج طعام) مستقلاً معطوفاً على الأمراض المخوفة ، فيقتضي أنه مخوف بلا إسهال ، وهو بعيد . انتهىٰ بمعناه .

وكأن الخلل من الإشارة إلى التخريجة ، وفي معنى الصورة المتقدمة عن « المنهاج » : ما لو أعجله ومنعه النوم ، وقول « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**أو ومعه دم**) محمول علىٰ ما إذا كان من دم الأعضاء الشريفة ؛ كالكبد ونحوه ، فإن حدث من المخرج من البواسير . . لم يكن مخوفاً ، حكاه الرافعي عن الأكثرين[(٧)] ، وجزم به في « الشرح الصغير » .

٣٢٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٤] و« الحاوي » [ص ٤٢٦] : (**وحُمَّىٰ مُطْبِقَةٌ**)[(٨)] **شرطه على الأصح** : أن تزيد علىٰ يومين ، فلو اتصل الموت بحمىٰ يوم أو يومين ؛ فإن كان تبرعه قبل أن

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٢١) .

(٢) انظر « التهذيب » (٥/ ١٠٣) .

(٣) الروضة (٦/ ١٣٠) .

(٤) الأم (٤/ ١٠٧) .

(٥) المنهاج (ص ٣٥٤) ، **والدق** : هو داء يصيب القلب ، ولا تمتد الحياة معه غالباً ، وحمىٰ متشبثة بالأعضاء فتخف وتهزل وتدق ، **والفالج** : هو استرخاء عام لأحد شقي البدن طولاً . انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ١٠٣) .

(٦) المحرر (ص ٢٧١) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٤) .

(٨) **الحمى المطبقة** : هي الحمى الملازمة التي لا تبرح . انظر « الروضة » (٦/ ١٢٥) .

يعرق.. تبين أنها مخوفة، وحُسب من الثلث، أو بعده.. فمن رأس المال، قاله البغوي والمتولي[1].

٣٢٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**وغيرها إلا الرِّبع**)[2] أراد : شمول الورد، وهي : التي تأتي كل يوم، والغبُّ تأتي يوماً وتقلع يوماً، والثلث تأتي يومين وتقلع يوماً، والأخوين تأتي يومين وتقلع يومين، وليس في قوله : (**وغيرها**) عموم يتناول سائر الصور، وقد صرح « الحاوي » [ص ٤٢٦] : (**بالورد، والغب**) وأطلق الرافعي في « شرحية » في الغب وجهين[3]، وجزم في « المحرر » بأنه مخوف[4]، **وصححه في** « الروضة »[5].

٣٢٣٣ـ قول « الحاوي » [ص ٤٢٦] : (**وآخر السل**) تبع فيه صاحب « المهذب » والغزالي[6]، وعكس البغوي فقال : إنه مخوف في ابتدائه دون انتهائه كالفالج[7]، وأطلق في « المختصر » أنه ليس مخوفاً[8]، وظاهره : أنه لا فرق في ذلك بين أوله وآخره، وصرح به الحناطي، وقال الرافعي : إنه الأشبه بأصل المذهب[9].

٣٢٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٤١] : (**وإن فعله في التحام القتال أو موج البحر أو التقدم إلى القتل.. ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه يعتبر من الثلث، وعليه مشى « المنهاج »، وعبر عنه بالمذهب[10]، و« الحاوي »، وأطلق التحام القتال كـ« التنبيه »[11]، وقيده « المنهاج » بأن يكون بين متكافئين، وليس في « المحرر »، فزاده من « الشرح ».

وفي معنى التكافؤ : القريبان من التكافؤ، وإلا.. فلا خوف في حق الغالبين قطعاً، وعبر « الحاوي » [ص ٤٢٦] بـ(**تموج البحر**) كتعبير « التنبيه » بموج البحر، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**واضطراب ريح، وهيجان موج في راكب سفينة**)، **والظاهر** : أن اضطراب الريح وهيجان الموج متلازمان، فالتعبير بأحدهما مغن عن الآخر، وأطلق « التنبيه » **التقديم** للقتل[12]، وقيده

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/ ١٠٤).
(٢) **حمى الربع** : هي التي تأتي يوماً وتقلع يومين. انظر « مغنى المحتاج » (٣/ ٥١).
(٣) فتح العزيز (٧/ ٤٦).
(٤) المحرر (ص ٢٧١).
(٥) الروضة (٦/ ١٢٦).
(٦) المهذب (١/ ٤٥٣)، وانظر « الوسيط » (٤/ ٤٢١).
(٧) انظر « التهذيب » (٥/ ١٠٤).
(٨) مختصر المزني (ص ١٤٥).
(٩) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٥).
(١٠) المنهاج (ص ٣٥٤).
(١١) الحاوي (ص ٤٢٦).
(١٢) التنبيه (ص ١٤١).

« المنهاج » و« الحاوي » بالتقديم لقصاص أو رجم[١] ، وفي « الروضة » في (الوديعة) : أنه إذا مرض مرضاً مخوفاً ، أو حُبس ليُقتل . . لزمه الوصية بها[٢] ، ومقتضاه : أن الحبس للقتل كالتقديم له ، ذكره في « المهمات » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهر كلام الأصحاب : أن الحبس للقتل ليس كالتقديم له ، ولم أر أحداً منهم صرح به وإن كان في كلامهم ما يدل عليه ، ثم حكىٰ عن ابن عبد السلام المالكي : أنه حكىٰ في « شرح ابن الحاجب » عن الشافعي : أن الحبس للقتل ليس مخوفاً ما لم يقرب إلى القتل ، ومن صور الخلاف : طلق الحامل ، وبعد الوضع ما لم تنفصل المشيمة[٣] ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وليس في « الشرحين » و« الروضة » ترجيح ، وإنما فيها قولان بلا ترجيح[٥] ، وجزم « التنبيه » بأن الطلق مخوف[٦] ، وحكاه في « الكفاية » عن « التهذيب »[٧] ، وحكى الماوردي عن بعض الأصحاب : أنه مخوف في حق الأبكار والأحداث دون من توالت ولادتها من كبار النساء[٨] ، ومفهوم « المنهاج » و« الحاوي » : زوال الخوف بعد انفصال المشيمة .

ويستثنىٰ منه : ما إذا حصل من الولادة جراحة أو ضربان شديد أو ورم . . فيستمر الخوف بعد انفصالها ، وإلقاء المضغة كالولادة عند المتولي ، وصحح النووي تبعاً لجماعة : أنه غير مخوف[٩] .

٣٢٣٥ـ قول « المنهاج » في صيغ الوصية [ص ٣٥٤] : (« **ادفعوا إليه** » ، **أو** « **أعطوه بعد موتي** » ، **أو** « **جعلته له** » ، **أو** « **هو له بعد موتي** ») التقييد بما بعد الموت يعود للصيغتين المذكورتين قبله ، وهما : (ادفعوا إليه) ، و(أعطوه) ، وكذا التقييد الثاني يرجع للتين قبله أيضاً ، فلو ذكر هـٰذا القيد عقب كل صيغة ، أو اقتصر علىٰ ذكره بعد الكل ؛ ليعود إليها جميعاً علىٰ قاعدة الشافعي رضي الله عنه . . لكان أحسن علىٰ أن في عوده لغير الأخيرة نظراً ؛ لأن ذاك إنما هو في حروف العطف الجامعة ، بخلاف ما هو لأحد الشيئين ؛ مثل (أو) كما ذكره القَرَافِي وغيره ، فيتعين حينئذ ذكره عقب كل صيغة .

---

(١) الحاوي (ص ٤٢٦) ، المنهاج (ص ٣٥٤) .
(٢) الروضة (٦/٣٢٩) .
(٣) انظر « الأم » (٤/٢٧٧) .
(٤) الحاوي (ص ٤٢٦) ، المنهاج (ص ٣٥٤) .
(٥) فتح العزيز (٧/٤٩) ، الروضة (٦/١٢٨) .
(٦) التنبيه (ص ١٤١) .
(٧) التهذيب (٥/١٠٥) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٣٢٧) .
(٩) انظر « الروضة » (٦/١٢٨) .

وظاهر كلامه أنها صريحة ، وكذا يقتضيه كلام « الروضة » وأصلها[1] .

وقال السبكي في قوله : (ادفعوا إليه) : هو إذن في الدفع ، فإن دل دليل علىٰ أنه وصية . . اتبع ، وإلا ؛ فلو لم يخرج من الثلث ، وقال المدفوع إليه : لم يرد الوصية ، بل كان ذلك لي عنده ، واحتمل ذلك . . ينبغي أن يقبل ، إلا أن يكون قال : من مالي ، وأما أعطوه . . فلا يأتي فيه هـٰذا ؛ لأن لفظ الإعطاء يقتضي التمليك كما قالوه في الخلع ، وقوله : (**بعد موتي**) دليل الوصية ، وإلا . . كان توكيلاً في الإعطاء في الحال . انتهىٰ .

وكيف يستقيم قبول قول المدفوع إليه : أنه إقرار ؛ مع أن الإقرار يعتمد اليقين ، لا سيما وقد قيد الدفع بأنه بعد الموت ، وذلك قرينة الوصية ، وقد صرح « الحاوي » بأن (أعطوه) ، (وجعلته له) صريحان ، لكنه قال بعد الثانية : (من مالي)[2] ، فيحتمل أن يختص التقييد بها ، وأن يعود لهما ، ولم يقيد ذلك بأن يقول : (بعد موتي) ، ولا بد منه .

٣٢٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**فلو اقتصر علىٰ** : « **هو له** » . . **فإقرارٌ إلا أن يقول** : « **هو له من مالي** » ، **فيكون وصية**) ظاهره : أنه صريح فيها ، وهو مخالف لـ« المحرر » فإنه جعله كناية[3] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[4] ، لكن رجح السبكي أنه صريح ، وقال : لو لم يكن صريحاً . . لكان إذا مات ولم يعلم هل نوىٰ أم لا تبطل الوصية ؛ لأن **الأصل** : عدم النية ، ونص الشافعي في مسألتين يقتضي أنه صريح ، ثم قال السبكي : هو منصرف عن الإقرار قطعاً ، ولكنه يحتمل الهبة الناجزة والوصية ، فافتقر إلى النية ، فصح قول الرافعي : أنه كناية ، فإذا لم يقبل على الفور ، وقال الوارث : إنما أراد الوصية . . قبل ، قال السبكي : وقد ساقنا البحث إليه ، فنختاره علىٰ خلاف ما اقتضاه كلام « المنهاج » .

نعم ؛ لو قال : (هو له بعد موتي من مالي) . . فهو وصية قطعاً . انتهىٰ .

٣٢٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٤] و« الحاوي » [ص ٤٢٦] : (**وينعقد بكناية**) قال في « المحرر » : إنه **الأظهر**[5] ، وذلك يشعر بخلاف فيه ، فأسقطه « المنهاج » ، وفي « الروضة » : ينعقد بالكناية مع النية بلا خلاف[6] ، وقال الرافعي : في كلام الغزالي والإمام إشعار بانعقادها بالكنايات جزماً ، ولا يجيء فيه الخلاف المذكور في البيع ونحوه ، ثم استدل الرافعي علىٰ ذلك ،

---

(١) فتح العزيز (٧/ ٦١ ، ٦٢) ، الروضة (٦/ ١٤٠) .
(٢) الحاوي (ص ٤٢٦) .
(٣) المحرر (ص ٢٧١) .
(٤) فتح العزيز (٧/ ٦٢) ، الروضة (٦/ ١٤٠) .
(٥) المحرر (ص ٢٧١) .
(٦) الروضة (٦/ ١٤٠) .

وقواه وجعله أولىٰ بالانعقاد بالكناية من الكتابة والخلع[1] .

قال السبكي : فينبغي حمل قوله في « المحرر » : (**الأظهر**) علىٰ أنه الظاهر لا علىٰ أن فيه خلافاً ، وعبارة الإمام : الظاهر عندي[2] ، ومن هنا يعلم أن قولهم : (**الأظهر** ، أو **الظاهر**) لا يستدعي خلافاً ، إلا إذا قالوا : أظهر الوجهين ونحوه .

٣٢٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**وهل يملك الموصىٰ له بموت الموصي ، أم بقبوله ، أم موقوف ؟**) قال السبكي : صناعة العربية تقتضي أنه إذا سُئل بـ (هل) . . أن يؤتىٰ بـ (أو) لا بـ (أم) ، قال : وعذره فيه أن (هل) هنا وقعت موقع الهمزة ؛ لأن (هل) يُسألُ بها عن وجود أحد الأشياء ، وليس مراداً هنا ، بل المراد : السؤال عن التعيين ، فحقه (أم) والهمزة ، والفقهاء يضعون (هل) في مثل ذلك موضع الهمزة .

٣٢٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٠] : (**وإن رد بعد القبول وقبل القبض . . فقد قيل يصح ، وقيل : لا يصح ، والأول أصح**) قال النووي : في « تصحيحه » **والأصح** : أنه إذا ردها بعد القبول وقبل القبض . . صح الرد ، وقد ذكره المصنف ، لكن قد يُصحَّف لفظه ، فينعكس التصحيح فنبهت عليه . انتهىٰ[3] .

والتصحيف الذي أشار إليه يحتمل أنه ما في بعض النسخ : (**فقد قيل : لا يصح ، وقيل : يصح**) ، فيبقىٰ قوله : (**والأول أصح**) راجعاً إلىٰ أنه لا يصح الرد ، ويحتمل أنه ما في بعض النسخ : (**فقد قيل : يبطل ، وقيل : لا يبطل**) ويقرأ يبطل بالياء المثناة من تحت أوله ؛ أي : يبطل الرد ، لكن النووي ضبطه في « تحريره » بالتاء المثناة من فوق أوله[4] ؛ أي : تبطل الوصية ، وذلك يقتضي صحة الرد ، وهـٰذا الذي وافق النووي « التنبيه » علىٰ تصحيحه مخالف لما صححه في « الروضة » وأصلها أنه يبطل الرد بعد القبول[5] ، **والفتوىٰ علىٰ ما في « الروضة »** فقد نص عليه الشافعي في « الأم » فقال : وتمام الوصية أن يقبلها الموصىٰ له وإن لم يقبضها[6] ، حكاه في « المهمات » ، وردَّ به علىٰ قول الرافعي : أنه يُحكىٰ عن ظاهر نصه في « الأم » صحة الرد بعد القبول .

٣٢٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٤] : (**وعليها ـ أي : الأقوال ـ تُبنى الثمرة وكسب عبدٍ حصلا**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٦٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٢٠٣) .
(٣) تصحيح التنبيه (١/ ٤٣٣) .
(٤) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٤١) .
(٥) فتح العزيز (٧/ ٦٣ ، ٦٤) ، الروضة (٦/ ١٤٢) .
(٦) الأم (٥/ ٢٥٢) .

بين الموت والقبول) فيه إشكال لفظي ؛ لتعريف الثمرة وتنكير كسب عبد ، وجمعهما في ضمير حصلا ؛ فإن الأول يطلبه علىٰ سبيل الحال ، والثاني علىٰ سبيل الصفة .

٣٢٤١ـ قوله : (**ويطالب الموصىٰ له بالنفقة**)[١] ظاهره : أنه علىٰ كل قول ، فإن أراد الخلاص .. رد الوصية ، وقال ابن الرفعة : إنه مفرع علىٰ قولنا : إن الملك له ، صرح به الإمام[٢] ، وبحث فيه السبكي ، قال ابن الرفعة : ويتجه علىٰ قول الوقف أن يجب عليهما ؛ كاثنين عقدا على امرأة وجُهل السابق .

قلت : هو كذلك بالنسبة للمطالبة في الحال ؛ فإنه لا ترجيح لأحدهما على الآخر ، أما بالنسبة إلىٰ ما يستقر عليه الأمر .. فهي على الموصىٰ له إن قبل ، وعلى الوارث إن رد ، والله أعلم .

فصل

[في أنواع من ألفاظ الوصية]

٣٢٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] : (**أوصىٰ بشاة .. تناول معيبةً**) هو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٢٨] : (**والشاة غير السخلة والعناق**) واستشكل هٰذا ؛ لقولهم في (البيع) و(الكفارات) : إن الإطلاق يقتضي السلامة .

وجوابه : أن ذاك لأمر زائد علىٰ مقتضى اللفظ ، وهنا لا يزاد عليه ؛ لعدم الدليل عليه .

٣٢٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن قال : « أعطوه شاة » .. لم يعط ذكراً على المنصوص ، وقيل : يعطىٰ**) **الأصح** : تناول الشاة للذكر ، وهو مقتضىٰ عبارة « الحاوي » المتقدمة[٣] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٥٥] : (**وكذا ذكر في الأصح**) ، وفي جعل الخلاف فيه وجهين نظر ؛ لما عرفت أن أحدهما منصوص ، وفي « الروضة » وأصلها أن الحناطي نقله عن أكثر الأصحاب[٤] ، وفي « الشرح الصغير » : أنه الأظهر عند الأصحاب .

قال السبكي : وتصحيح خلاف النص في هٰذه المسائل بعيد ؛ لأن الشافعي أعرف باللغة ، فلا يخرج عنها إلا لعرف مطرد ، فإن صح عُرف بخلاف قوله .. اتبع ، وإلا .. **فالأولىٰ** : إتباع قوله . انتهىٰ .

ومحل الخلاف : فيما إذا لم تدل قرينة على المراد ، فلو قال : شاة ليُنزيها علىٰ غنمه .. تعين

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٤) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/٢٠٩) .

(٣) الحاوي (ص ٤٢٨) .

(٤) فتح العزيز (٧/٨٠) ، الروضة (٦/١٥٩) .

الذكر ، وكذا لو قال : كبشاً أو تيساً ، ولو قال : شاة يحلبها ، أو ينتفع بدَرِّها ونسلها . . تعينت الأنثىٰ ، وكذا لو قال : نعجة .

٣٢٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] و« الحاوي » [ص ٤٢٨] : (**لا سخلة وعناق**) كذا **صححه** الصيدلاني ، قال الإمام : وهو خلاف مقتضى النص وقول صاحب « التقريب » وأئمة العراق ومعظم المراوزة ، وخلاف ما صرح به الأصحاب كلهم[١] ، واختار السبكي أيضاً إجزاءهما ؛ لصدق الاسم ، وفي « أصل الروضة » في أواخر (النذر) عن الإمام ، وأقره : أن البعير لا يتناول الفصيل ، والبقرة لا تتناول العجلة[٢] .

٣٢٤٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] : (**ولو قال : « أعطوه شاة من غنمي » ولا غنم له . . لغت**) فيه أمران :

أحدهما : أن لنا وجهين فيما لو قال : (شاة من شياهي) وليس له إلا ظباء ، هل تبطل الوصية ، أو تحمل علىٰ ظبيه مجازاً ؟ **وصحح** في « الكفاية » : البطلان ، وقال النووي : ينبغي أن يكون **الأصح** : تنزيل الوصية علىٰ واحد منها . انتهىٰ[٣] .

ومقتضاه : طرده فيما إذا قال : (من غنمي) . . فلا تلغوا حينئذ فيما إذا كان له ظباء ، لكن في « الروضة » : إن الظباء قد يقال لها : شياه البر[٤] ، ولم يقل : أنه يقال لها : غنم البر ، فيحتمل التخصيص بها .

ثانيهما : أن ظاهره انتفاء الغنم حالة الوصية ، لكن تقدم أن **الأصح** : اعتبار الثلث حالة الموت ، ومقتضاه : اعتبار وجود الغنم حالة الموت ، ويوافقه ما في « الروضة » وأصلها : فيما لو قال : أعطوه رأساً من رقيقي . . أن فيه الخلاف في أن الاعتبار بيوم الوصية أم بيوم الموت ؟ ذكره بمعناه شيخنا الإمام البلقيني[٥] .

٣٢٤٦ـ قوله : (**وإن قال : « من مالي » . . اشْتُرِيَت له**)[٦] أي : إن لم يكن في ماله غنم ، فإن كان فيه غنم . . يخير الوارث بين إعطائه منها ومن غيرها ، فلو قال : (أعطوه شاة) ، ولم يقل : (من مالي) ، ولا (من غنمي) . . فلم أرها منقولة بعينها ، وهي كاقتصاره علىٰ : (أعطوه

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ١٦٥) .

(٢) الروضة (٣/ ٣٢٩) .

(٣) انظر « الروضة » (٦/ ١٦٠) .

(٤) الروضة (٦/ ١٦٠) .

(٥) فتح العزيز (٧/ ٨٤) ، الروضة (٦/ ١٦٣) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٥) .

رقيقاً) ، وقد قال فيها البغوي : لا يكون وصية[1] ، ورجح المتولي وابن الرفعة أنها وصية ، ولا يتعين رقيقه .

٣٢٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن قال : « أعطوه بعيراً »** . . **لم يعط ناقة على المنصوص ، وقيل : يعطىٰ**) ، **الأصح** : تناول البعير للناقة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وهو نظير ما تقدم في تناول الشاة للذكر وإن كان عكسه في الصورة ، فيعود فيه ما سبق ، وقال الرافعي بعد قوله : إن **الأظهر** : التناول : وربما أفهمك كلامهم توسطاً ، وهو تنزيل النص علىٰ ما إذا عم العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل ، والعمل بقضيَّة اللغة إذا لم يعم[3] .

٣٢٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن قال : « أعطوه ثوراً »** . . **لم يعط بقرة**) صوابه : التعبير بالأنثىٰ ، كما عبر به « الحاوي »[4] لأن البقرة تقع على الذكر والأنثىٰ ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٥٥] : (**والثور للذكر**) لكنه وقع له هـٰذا الخلل في قوله قبله : (**لا بقرة ثوراً**)[5] .

٣٢٤٩ـ قول « الحاوي » [ص ٤٢٨] : (**والكلب والحمار**) أي : لا يتناولان الأنثىٰ ، تبع فيه الغزالي وغيره[6] ، وصوبه النووي ، واختار الرافعي من طريق البحث : شمولهما للأنثىٰ ؛ لأن المراد : الجنس[7] .

٣٢٥٠ـ قولهم : (**إن الدابة : الفرسُ والبغل والحمار**)[8] قال في « التنبيه » : إنه **المنصوص**[9] ، و« المنهاج » : إنه **المذهب**[10] ، وذلك يقتضي أن فيه طريقين ، والذي في « الروضة » وأصلها : إنه **المنصوص** ، فقال ابن سريج : إن الشافعي قاله علىٰ عادة أهل مصر في ركوبها جميعاً ، واستعمال اللفظ فيها ، وأما سائر البلاد : فحيث لا يستعمل إلا في الفرس . . لم يعط غيرها ، وقال جماعة : الحكم في جميع البلاد كما نص عليه ، **وهو الأصح** عند الأصحاب . انتهىٰ[11] .

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/٨٧) .

(٢) الحاوي (ص ٤٢٨) ، المنهاج (ص ٣٥٥) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/٨٢) .

(٤) الحاوي (ص ٤٢٨) .

(٥) المنهاج (ص ٣٥٥) .

(٦) انظر « الوجيز » (١/٤٥٣ ، ٤٥٤) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/٨٢) ، و« الروضة » (٦/١٦١) .

(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٢٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٥) .

(٩) التنبيه (ص ١٤٢) .

(١٠) المنهاج (ص ٣٥٥) .

(١١) فتح العزيز (٧/٨٣) ، الروضة (٦/١٦٢) .

وليس في ذلك حكاية طريقين ، وقيل : إن قاله في مصر . . لم يعط إلا حماراً ، حكاه في « الكفاية » عن « البحر » ، ومحل المنصوص : عند الإطلاق ، فلو قال : للكر والفر . . فهو الفرس ، أو للحمل . . حُمل على البغل أو الحمار ، فإن اعتادوا الحمل على البراذين . . دخلت ، قال المتولي : بل لو اعتادوا الحمل على الجمال أو البقر . . أعطي منها ، وقواه النووي ، وضعفه الرافعي[١] .

أما لو قال : (من دوابي) . . تخيَّر الوارث أيضاً إن كان عنده الثلاثة ، فإن لم يكن عنده إلا أحدها . . تعين ، وإن لم يكن له شيء منها . . بطلت الوصية ، كذا قاله الأصحاب ، ومنعه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إذا كان له دابة من بقر ، أو إبل أو غنم . . فإنه يُعطىٰ واحداً منها ؛ لأنه يعني الحقيقة اللغوية ، أو يحمل على المجاز العرفي ، قال : ويدل له أنه لو وقف علىٰ أولاده ، وليس له إلا أولاد أولاد . . فإنه يصح الوقف ، ويصرف إليهم وإن كان إطلاق الولد عليهم مجازاً ، لكن يتعين المجاز بمقتضى الواقع ، والله أعلم .

٣٢٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] : **(وقيل : إن أوصىٰ بإعتاق عبدٍ . . وجب المجزىء كفارةً)** كان في نسخة المصنف : (في كفارة) كما في « المحرر » و« التنبيه »[٢] ، ثم كشط (في) ، ونصب (كفارة) ، قال السبكي : لا ينبغي أن يكون مفعولاً به ؛ لأن المعنىٰ ليس عليه ولا علىٰ نزع الخافض ؛ لقلته ، بل حال ؛ لأنه نفسه كفارة أو تمييز ، وإن استعمل كفارة بمعنىٰ تكفيراً . . صح ، أو يكون مفعولاً من أجله .

٣٢٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : **(وإن قال : « أعطوه قوساً » . . دُفع إليه قوس ندف أو قوس رمي ، إلا أن يقرِنَ به ما يدل علىٰ أحدهما . . فيحمل عليه) الصحيح** : أنه يتعين قوس الرمي ، ولا يدفع إليه قوس الندف ولا قوس الجلاهق ـ وهو قوس البندق ـ إلا بنص أو قرينة ، وهو المجزوم به في « المهذب » و« الروضة » وأصلها[٣] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٢٧] : **(والقوس للنشاب ، لا من قِسِيّ ولم يكن)** أي : ولم يكن له قوس نشاب ، وإنما كان له غيره ، فيعطىٰ ذلك الغير للقرينة ، وفي معنىٰ ما يُرمَىٰ به النشاب : ما يرمىٰ به النبل أو الحُسبان ، قال في « التعليقة » : واكتفى « الحاوي » بذكر النشاب ؛ لأنه سهم عربي ، فكأنه جعله اسماً للسهم المطلق ؛ ليتناول أنواع السهام ؛ أي : المذكورة ، وعبر النووي في « تصحيحه » عن هـٰذا بالصواب[٤] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٨٣) ، و« الروضة » (٦/ ١٦٢) .
(٢) التنبيه (ص ١٤٢) ، المحرر (ص ٢٧٣) .
(٣) المهذب (١/ ٤٥٩) ، فتح العزيز (٧/ ٧٩ ، ٨٠) ، الروضة (٦/ ١٥٨) .
(٤) تصحيح التنبيه (١/ ٤٤٠) .

ورُدَّ : بأن في « الكفاية » عن أبي إسحاق المروزي كـ « التنبيه » ، فالخلاف موجود ، فلو قال : (أعطوه ما يسمىٰ قوساً) . . ففي « التتمة » : أن للوارث أن يعطيه ما شاء ، وتوقف فيه الرافعي[1] ، وصوب في « الروضة » ما في « التتمة » ، ونص عليه في « الأم »[2] .

٣٢٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] فيما لو قال : (**أعطوه رأساً من رقيقي**) : (**وإن قتلوا كلهم . . دفعت إليه قيمة أحدهم**) محله : فيما إذا وقع ذلك بعد موت الموصي ، فأما لو كان ذلك في حياته . . فإن الوصية تبطل ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٥٥] : (**ولو وصىٰ بأحد رقيقه فماتوا أو قتلوا قبل موته . . بطلت**) وذكر « الحاوي » الحالتين ، فقال [ص ٤٢٨] : (**وبأحد أرقائه وتلفوا . . بطل ، وبعده . . ينتقل إلى القيمة**) فَعُلم تقييد البطلان بالموت قبله من ذكره الانتقال للقيمة في الموت بعده علىٰ عادته ، ومحل البطلان : فيما إذا أوصىٰ بأحد الموجودين ، فإن أوصىٰ بأحد أرقائه ، فمات الذين في ملكه وتجدد له غيرهم . . لم تبطل الوصية **على الأصح** بناء علىٰ أن الاعتبار بيوم الموت ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني .

ومحل الانتقال للقيمة : إذا كان قتلهم[3] بعد القبول ، وكذا قبله إن ملكناه بالموت أو توقفنا ، وإلا . . بطلت ، قاله الرافعي والنووي[4] .

وأطلق الماوردي وابن الصباغ وغيرهما : أن له قيمة أحدهم ، بل صرح القاضي حسين بأنه علىٰ كل قول ، وللإمام بحث موافق للرافعي ، لكنه قال : إنه لم يصر إليه أحد ، فلا اعتداد به[5] ، كذا في « الكفاية » ، لكن في « المطلب » حكاية ما تقدم عن الرافعي عن المتولي .

ويرد على « الحاوي » : أنه أطلق في التلف بعده الانتقال إلى القيمة ، ومحله : فيما إذا كان ذلك بالقتل ، فإن كان بموت . . بطلت الوصية .

٣٢٥٤ـ قولهم : (**فيما إذا بقي واحد . . تعين**)[6] محله : فيما إذا كان ذلك قبل موت الموصي ، ولا بد من تصويره : بأن يوصي بأحد الموجودين كما تقدم في نظيره ، فلو أوصىٰ بأحد أرقائه فماتوا إلا واحداً . . لم يتعين ، حتىٰ لو ملك غيره . . فللوارث أن يُعطي من الحادث ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني .

أما إذا وُجد موتهم إلا واحداً بعد موت الموصي . . لم يتعين ذلك الباقي ، بل للوارث أن يعين

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٧٩ ، ٨٠) .
(٢) الأم (٤/ ٩٢) ، الروضة (٦/ ١٥٨) .
(٣) في النسخ : (قبلهم) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٨٤) ، و« الروضة » (٦/ ١٦٣) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ١٦٣) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٢٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٥) .

الميت أو المقتول حتىٰ يجب على الموصىٰ له مؤنة تجهيز الميت وله قيمة المقتول ، هـٰذا إذا كان موتهم بعد القبول ، وكذا إذا كان قبل القبول إن قلنا : يملك بالموت ، أو قلنا : بالوقف ، فإن قلنا : يملك بالقبول . . تعين الباقي .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إذا عين الوارث الميت ، وقد دخل تحت يده . . فينبغي ألاَّ يُقبل تعيينه إذا لم يغرم ، فإن قلنا : يغرم . . فيحتمل ألاَّ يقبل تعيينه ؛ لأن غرض الموصي أن يأخذ هنا بخلاف صورة القتل ، ويحتمل أن يقبل ، وأما إذا كان الموت قبل امتداد يد الوارث إليه . . فله أن يعين الميت ؛ لصدق الوصية عليه .

واعترض النشائي وصاحب « التوشيح » على ابن الرفعة في نقله عن الرافعي : أنه إذا كان موتهم إلا واحداً بعد موت الموصي . . لم يتعين الباقي ، بل يتخير الوارث ؛ بأن الذي في الرافعي هو فيما إذا مات أو قتل أحدهم بعد الموت[1] ، فإن أرادا التحري في التصوير . . فصحيح ، وإن أرادا مخالفة الحكم في الرافعي لما نقله عنه . . فليس كذلك ؛ فإن المدار علىٰ جواز تعيين الوارث الوصية في الميت أو المقتول ، والرافعي قد ذكر ذلك ، ولا فرق بين أن يكون الميت واحداً فيعينه مع حياة الباقين ، وبين أن يموت أكثرهم فيعين واحداً من الموتىٰ ، والله أعلم .

٣٢٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] : (**أو بإعتاق رقابٍ . . فثلاث ، فإن عجز ثلثه عنهن . . فالمذهب : أنه لا يُشترىٰ شقصٌ** بل نفيستان به ، **فإن فضل عن أنفس رقبتين شيءٌ . . فللورثة**) فيه أمور :

أحدها : في تعبيره بالمذهب نظر ؛ فليس في « الروضة » إلا وجهان ، **أصحهما** عند الجمهور ، وهو ظاهر النص : ما ذكره[2] ، واختار الغزالي شراء شقص به[3] .

ثانيها : محل الخلاف كما دل عليه كلامه : ما إذا أمكن شراء رقبتين وشقص ، فإن لم يمكن إلا شراء شقص فقط . . لم يُشتر قطعاً ، فإن فضل عن ثلاث نفيسات شيء . . فهل يُشترىٰ به شقص ؟ قال شيخنا ابن النقيب : لم أر هـٰذه ، ويظهر أنها أولىٰ بألاَّ يُشترى الشقص من التي قبلها ؛ لحصول اسم الجمع[4] .

ثالثها : وافقه « الحاوي » علىٰ أنه لا يُشترى الشقص[5] ، وهو خلاف اختيار الغزالي كما تقدم ، ومال ابن الرفعة إلى اختيار الغزالي ، وجعله من الحمل على الحقيقة والمجاز ، وهو جائز

---

(١) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٢٩) ، وانظر « فتح العزيز » (٨٤/٧) .
(٢) الروضة (١٦٦/٦) .
(٣) انظر « الوسيط » (٤٤٢/٤) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (١٢٤/٥) .
(٥) الحاوي (ص ٤٢٨) .

عند الشافعي ، ورجحه السبكي بأنه أقرب إلىٰ غرض الموصي من الصرف إلى الورثة .

٣٢٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**ولو قال : ثلثي للعتق . . اشْتُرِيَ شقص**) قال شيخنا الإمام البلقيني : هل المراد عندما يَفضُل عن الرقاب الكوامل ، أو المراد في الابتداء ؟ الأقرب بمقتضىٰ سياق الكلام : الأول ، وقد صرح به ، وبَيّضَ لتسمية من صرح به .

٣٢٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن قال : « أعطوه نصيب ابني » . . فالوصية باطلة ، وقيل : هو كما لو قال : « مثل نصيب ابني »**) أي : فهو وصية بالنصف ، وهـٰذا الثاني هو الأصح في « الشرح الصغير » هنا ، وفي « الكبير » و« الروضة » في (باب المرابحة)[١] ، وعليه مشى « الحاوي »[٢] .

٣٢٥٨ـ قوله[٣] : (**ولهما** ـ أي : للفقير والمسكين ـ **يُنَصَّفُ ؛ كلحملها وأتت باثنين**)[٤] أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٥٥] : (**ولو وصىٰ لحملها فأتت بولدين . . فلهما**) إذ ليس فيه إفصاح عن التسوية بينهما .

٣٢٥٩ـ قول « الحاوي » [ص ٤٢٨] : (**وإن كان حملها غلاماً . . فأعطوه للتوحيد**) أي : حتىٰ لو أتت بغلامين . . لم يدفع إليهما شيء ، تبع فيه « الوجيز »[٥] .

قال الرافعي : لكنه ذكر في الطلاق فيما إذا قال : إن كان حملك ذكراً . . فأنت طالق طلقة ، وإن كان أنثىٰ . . فطلقتين ، فولدت ذكرين ، وجهين :

أحدهما : لا تطلق .

والثاني : تطلق طلقة ، والمعنىٰ : إن كان جنس حملك ، ولا فرق بين البابين ، فيجيء وجه : أنه يقسم المذكور للغلامين بينهما ، وبهـٰذا قطع أبو الفرج الزاز[٦] ، قال النووي : وهو **المختار**[٧] .

٣٢٦٠ـ قولهم : (**ولو أوصىٰ لجيرانه . . صُرف إلىٰ أربعين داراً من كل جانب**)[٨] أي : من

---

(١) فتح العزيز (٤/٣٢٨) ، الروضة (٣/٥٣٦) .

(٢) الحاوي (ص ٤٢٨) .

(٣) كذا في النسخ ، ولعل الأَولىٰ أن يقول : (قول « الحاوي ») لأن الذي سبقه هو قول « التنبيه » وهـٰذا لـ« الحاوي » .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٤٢٨) .

(٥) الوجيز (١/٤٥٤) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/٨٧) .

(٧) انظر « الروضة » (٦/١٦٧) .

(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٢٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٦) .

جوانب داره الأربعة ، **والمراد** : أنه يُعَطىٰ من كل جانب أربعون ، وقد صرح بذلك الشافعي ؛ حيث قال في الشفعة من اختلاف العراقيين : وَزَعَمْتَ أن من أوصىٰ لجيرانه . . قُسمت علىٰ من كان بين داره وداره أربعون داراً[١] ، وأفصح عن ذلك القاضي أبو الطيب ، فقال : وعدد الدور من الجوانب الأربعة مئة وستون داراً .

قال شيخنا ابن النقيب ، وفيه نظر ؛ فإن دار الموصي قد تكون كبيرة في التربيع ، فيسامتها من كل جهة أكثر من دار ؛ لصغر المسامت لها ، أو يسامتها داران يخرج من كل منهما شيء عنها ، فيزيد العدد .

مثال الأول هـٰكذا :

دار الموصي

ومثال الثاني هـٰكذا[٢] :

دار الموصي

وقال الإمام : ظاهر المذهب أنه الذي يلاصق داره داره[٣] .

وقال الماوردي : مذهب الشافعي : أنهم من نسبوا إلىٰ سكنىٰ محلته[٤] .

٣٢٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٦] و« الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**والعلماء : أصحاب علوم الشرع من تفسير وحديث وفقه**) فيه أمور :

أحدها : لا يُتوهم أنه يدخل في أصحاب الحديث الذين يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون ؛ فقد صرح في « أصل الروضة » بعدم دخولهم ؛ لأن السماع المجرد ليس بعلم[٥] ، ومقتضىٰ كلام الماوردي : أن المقتصرين على الحفظ خاصة لا يدخلون في ذلك ؛ فإنه قال فيما لو وقف على العلماء : هم علماء الدين ؛ لأنهم في العرف العلماء على الإطلاق ، دون القراء وأصحاب الحديث ؛ لأن العلم ما تُصُرِّفَ في معانيه دون ما كان محفوظ التلاوة . انتهىٰ[٦] .

وهو مردود إلا أن يريد المقتصرين على السماع المجرد ، وعبارته لا تساعد علىٰ ذلك ، وذكر الحافظ أبو الفتح بن سيد الناس : أن المحدث في عصرنا : من اشتغل بالحديث رواية وكتابة وجمع رواة ، واطلع علىٰ كثير من الرواة والروايات في عصره ، وتبصر في ذلك حتىٰ عُرِف خطه ، واشتهر فيه ضبطه .

---

(١) انظر « الأم » (١١١/٧) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (١٢٨/٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٣١٨/١١) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٥٣٢/٧) .
(٥) الروضة (١٦٩/٦) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٥٣٢/٧) .

ثانيها : أنه يخرج المقرىء ، وبه صرح « المنهاج »[1] .

قال ابن الرفعة : **والمراد** به : التالي فقط ، أما العالم بالروايات ورجالها . . فكالعالم بطرق الحديث .

قال السبكي : وفيه نظر ؛ فإن التالي قارىء لا مُقرىء ، قال : وإلحاق ابن الرفعة حفظ أسماء رجال القراء وطرق الروايات برجال الحديث وطرقه فيه نظر ؛ فإن القرآن متواتر تكفل الله بحفظه ، والحديث أكثره مرويّ بالآحاد ، فاحتيج إلى الترغيب في حفظه ؛ إذ لا يحفظه إلا العلماء ؛ ولذلك قال إلكيا : من حفظ أربعين حديثاً . . كان فقيهاً ، والقرآن أعظم ، ومع ذلك لم يذكروا هـٰذا الحكم فيه ، لا عن إلكيا ولا غيره ، ثم اختار السبكي لنفسه أن العلماء بالقراءات علماء قطعاً يصرف إليهم من الوصية للعلماء ومن الوقف عليهم كما قال ابن الرفعة قال : بل هم أولى الناس به .

ثالثها : أنه يخرج المتكلم ، وحكاه « المنهاج » عن الأكثرين[2] ، وقال المتولي بدخوله ، قال الرافعي : وهو قريب[3] ، وقال السبكي ما حاصله : إن [أريد به][4] العلم بالله تعالىٰ وصفاته وما يجب له وما يستحيل عليه ليرد على المبتدعة ويميز بين الاعتقاد الفاسد والصحيح ، وتقرير الحق ونصره . . فذاك من أجل العلوم الشرعية ، والعالم به من أفضلهم ، ويصرف إليه من الوصية للعلماء ، والوقف عليهم ، ومَنْ دأبه الجدال والشبه وخبط عشواء وتضييع الزمان فيه والزيادة عليه ، إلىٰ أن يكون مبتدعاً أو داعياً إلىٰ ضلالةٍ . . فذاك باسم الجهل أحق .

٣٢٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن أوصىٰ لفقراء بلد كذا . . استحب أن يعمهم**) محله : ما إذا لم يكونوا محصورين ، فإن انحصروا . . وجب استيعابهم ، وكذا قول « المنهاج » [ص ٣٥٦] : (**وأقل كل صنف ثلاثة**) محله : في غير المحصورين .

٣٢٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن أوصىٰ بالثلث لزيد وللفقراء . . فهو كأحدهم**) ليس فيه إفصاح عن المقصود ، فلذلك قال « المنهاج » [ص ٣٥٦] : (**كأحدهم في جواز إعطائه أقل متمول ، لكن لا يُحْرَم**) ، وكذا قال « الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**يجوز أن يُعطىٰ أقل متمول**) وعبر « المنهاج » بالمذهب[5] ، والذي في « الروضة » وأصلها سبعة أوجه[6] ، ثم قال : هـٰذا إذا أطلق زيداً ، أما إذا قال : لزيد الفقير وللفقراء . . فيجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيراً ، ومنهم من خص الأوجه

---

(١) المنهاج (ص ٣٥٦) .

(٢) المنهاج (ص ٣٥٦) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٩٠) .

(٤) ما بين معقوفين زيادة ضرورية ؛ ليستقيم الكلام .

(٥) المنهاج (ص ٣٥٦) .

(٦) فتح العزيز (٧/ ٩٥) ، الروضة (٦/ ١٨٣) .

بهٰذه الحالة ، ونفى القول بأنه كأحدهم عند الإطلاق ، وإن كان غنياً . . فلا شيء له ، ونصيبه للفقراء إن قلنا : إنه كأحدهم ، وإلا . . فلورثة الموصي ، وإن وصفه بغير صفتهم ، فقال : لزيد الكاتب وللفقراء ، قال أبو منصور : له النصف قطعاً ، قال الرافعي : ويشبه أن يجيء القول بأن له الربع إن لم تجىء باقي الأوجه . انتهىٰ[1] .

قال شيخنا ابن النقيب : فإن كان النووي عبر بالمذهب لأجل تخصيص الخلاف بما إذا وصفه بالفقر ، ونفىٰ أنه كأحدهم عند الإطلاق ، ولقطع أبي منصور بالنصف . . فقد أبعد وألْغَزْ . انتهىٰ[2] .

وحكى الجيلي عن البغوي : أنَّ محل هٰذا الخلاف : عند عدم حصر الفقراء ، وإلا . . فهو كأحدهم قطعاً ، ولو وقف علىٰ مدرس وإمام وعشرة فقهاء . . قال السبكي : قياس المذهب : أن يقسم علىٰ ثلاثة ، للعشرة ثلثها .

٣٢٦٤ـ قول « الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**ولزيد ولله النصف للفقراء**) هو **الأقوىٰ** في « الشرح الصغير » ، ونقل في « الشرح الكبير » عن الأستاذ أبي منصور : أنه **الأصح**[3] ، قال : لكنه لم يخص النصف الباقي بالفقراء ، بل قال : إنه في سبيل الله يصرف في وجوه القرب ، وحكى الماوردي في هٰذا النصف وجهين :

أحدهما : الصرف إلىٰ سبيل الله ، والمراد به : الغزاة .

والثاني : للفقراء والمساكين[4] .

ومقابل هٰذا المصحح الذي اختلف في تحريره : إما صرف هٰذا النصف إلىٰ ورثة الموصي ، وإما إعطاء الكل لزيد ، وجهان في الرافعي[5] .

٣٢٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٦] : (**أو لأقارب زيد**) دخل كل قرابة وإن بعد إلا أصلاً وفرعاً **في الأصح** ، مخالف لما ذكر الرافعي في « الشرح » : أنه أظهر من جهة النقل[6] .

وقال في « أصل الروضة » : إنه **الأصح** عند الأكثرين ، وهو أنه لا يدخل الأبوان والأولاد ، ويدخل الأجداد والأحفاد[7] ، وعليه مشى « الحاوي »[8] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٩٥) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/١٣٣) .
(٣) فتح العزيز (٧/٩٨) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/٣٠١) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/٩٧ ، ٩٨) .
(٦) فتح العزيز (٧/٩٩) .
(٧) الروضة (٦/١٧٣) .
(٨) الحاوي (ص ٤٢٩) .

وقال في « المهمات » : إن العمدة عليه ؛ لتصريح الرافعي بأنه أظهر نقلاً ، والمذهب نقل . انتهىٰ .

ويمكن رد عبارة « المنهاج » إليه : بأن يريد بالأصل والفرع القريبين دون من يدلي بهما ، وهو بعيد ، وفي المسألة وجه ثالث ، وهو : دخول الجميع من غير استثناء أحد ، وهو الذي في « التنبيه » حيث قال [ص ١٤٢] : (**دُفع إلىٰ من يعرف بقرابته**) وقد يُرَدُّ إلىٰ تصحيح « المنهاج » أو « الحاوي » ، ويقال : إن الأصول والفروع أو الأبوين والأولاد لا يعرفون بقرابته ، وقطع المتولي بهٰذا الوجه الثالث ، ورجحه أبو الفرج الزاز .

قال الرافعي : ولهما أن يحتجا بأن الأب والابن يدخلان في الوصية لأقرب أقاربه[1] ، فكيف يكون الشخص أقرب الأقارب ولا يكون من الأقارب ؟!

وكأن الرافعي أشار بقوله : إن الأول أظهر من جهة النقل ، لا[2] إلىٰ أن الثالث أظهر من جهة البحث .

قال السبكي : بل الثالث **أظهر** نقلاً وبحثاً ، قال : ودعوى الأستاذ أبي منصور إجماع الأصحاب علىٰ عدم دخول الأبوين والأولاد ممنوعة ؛ فقد جزم القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والماوردي ونصر المقدسي بدخولهم ، **ورجحه** صاحب « الكفاية » ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **المختار** ، قال : ونصه في « الأم » و« المختصر » ظاهر فيه ؛ حيث قال في الوصية للقرابة : والقرابة من قبل الأم والأب في الوصية سواء ، وأقرب قرابته وأبعد منه منهم سواء ، وعليه جرى الماوردي ، ثم حكىٰ عدم دخول الآباء والأبناء في القرابة عن بعض الفقهاء ، وقال : إنه خطأ . انتهىٰ[3] .

وصورة المسألة : أن يكون أولـٰئك الأقارب محصورين ، فلو كانوا غير محصورين . . فهو كما لو أوصىٰ لقبيلة كبيرة ، وظاهر إطلاق « التنبيه » دخول قرابة الأم ، ولو في وصية العرب[4] ؛ أي : فيما إذا أوصىٰ لأقارب عربي ، قال الرافعي : وهو **الأقوىٰ** ، وظاهر نص « المختصر »[5] ، وأجاب به أصحابنا العراقيون كوصية العجم ، وأطلق النووي في « أصل الروضة » **تصحيحه**[6] ، لكن

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٩٩) .

(٢) كذا هي في كل النسخ ، ولعل الصواب حذف (لا) ، والمعنىٰ : وكأن الرافعي أشار إلىٰ أن الثالث أظهر من جهة البحث بقوله : إن الأول أظهر . . . .

(٣) الأم (٤/ ١١١) ، مختصر المزني (ص ١٤٥) .

(٤) التنبيه (ص ١٤٠) .

(٥) مختصر المزني (ص ١٤٥) ، وانظر « فتح العزيز » (٧/ ١٠٠) .

(٦) الروضة (٦/ ١٧٤) .

صحح في « المنهاج » تبعاً « للمحرر » مقابله ، فقال : (**ولا تدخل قرابة أم في وصية العرب في الأصح**)[1] ، وعليه مشى « الحاوي »[2] ، وحكى الرافعي ترجيحه عن الغزالي والبغوي[3] .

قال في « المهمات » : **والفتوىٰ على الأول** ؛ لموافقته ظاهر النص وقول الأكثرين .

قلت : نقل الإمام عن جمهور الأصحاب : عدم الدخول[4] ، وكأنه في « المهمات » اغتر في الحكاية عن الأكثرين بأن الرافعي حكاه عن العراقيين ، ولا يلزم من ذلك أن يكون قول الأكثرين ، لكنه أرجح دليلاً ، والله أعلم .

٣٢٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٦] : (**ويدخل في أقرب أقاربه الأصل والفرع**) أورد عليه : أنه ليس أقرب الأقارب غيرهما ، فكان ينبغي أن يقول : (وأقرب الأقارب الأصل والفرع) .

وأجيب عنه : بأنهما أقرب الأقارب على الإطلاق ، ويصح إطلاق دخولهما في أقرب الأقارب ؛ فإنه إذا أوصىٰ لأقارب نفسه . . يدخلان فيما إذا كانا غير وارثين ، ولا يدخلان مع الإرث ، وينتقل لمن بعدهما ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**وأقرب الأقارب الفرع ثم الأصل ثم الأخوة ثم الجدودة ثم العمومة والخؤولة**) .

٣٢٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**فإن اجتمع الابن والأب . . قدم الابن في أحد القولين**) **هو الأصح** ، وقوله : (**وإن اجتمع الجد والأخ . . قدم الأخ في أحد القولين**)[5] **هو الأصح أيضاً** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » فيهما[6] ، وتعبير « المنهاج » فيهما بالأصح مخالف لحكاية « التنبيه » الخلاف فيهما قولين[7] ، وقد عبر في « الروضة » في الثانية بالأظهر[8] ، وفيها طريقة قاطعة بتقديم الأخ ، ومقتضاه : التعبير بالمذهب ، ورجح في « الشرح الصغير » و« الكفاية » : أن الخلاف في الأولىٰ قولان أيضاً ، وتعبير « التنبيه » و« المنهاج » بالابن والأخ يشعر بأن البنت والأخت ليستا كذلك ، لكن في « الكفاية » عن « البحر » : أن الأخت كالأخ ، وعليه يدل تعبير « الحاوي » بالفرع[9] ؛ فإنه يتناول البنت ، وبالأخوة ؛ فإنها تتناول الأنثىٰ ، ويوافقه قول

---

(١) المحرر (ص ٢٧٤) ، المنهاج (ص ٣٥٦) .
(٢) الحاوي (ص ٤٢٩) .
(٣) انظر « التهذيب » (٧٨/٥) ، و« الوسيط » (٤٥١/٤) ، و« فتح العزيز » (١٠٠/٧) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٣٠١/١١) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٢٩) ، المنهاج (ص ٣٥٦) .
(٧) المنهاج (ص ٣٥٦) .
(٨) الروضة (١٧٥/٦) .
(٩) الحاوي (ص ٤٢٩) .

« المنهاج » [ص ٣٥٦] : (**ولا يُرَجَّحُ بذكورةٍ وَوِرَاثَةٍ**) لكنه ليس صريحاً في معارضة الجد .

٣٢٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**ولو أوصىٰ لأقارب نفسه . . لم تدخل ورثته في الأصح**) عبارة « المحرر » : (فيما رجح من الوجهين)(١) ، وحكاه في « أصل الروضة » عن الصيدلاني والمتولي والغزالي(٢) ، وعلىٰ هـٰذا تختص الوصية بالباقين ، ومقابله : أن الورثة يدخلون ثم يبطل نصيبهم ، ويصح الباقي لغير الورثة ، قال في « الشرح الصغير » : وهو **الأقوىٰ** ، قال في « الكبير » : ولك أن تقول : وجب أن يختص الوجهان بقولنا : إن الوصية للوارث باطلة ، أما إذا قلنا : إنها موقوفة على الإجازة . . فليقطع بالوجه الثاني(٣) ، وعبارته في « الصغير » : ويختص الوجهان بقولنا : الوصية للوارث باطلة ، وهـٰذه العبارة قد تقتضي أنه منقول ، وقال النووي : **الظاهر** : أنه لا فرق في جريانهما(٤) ؛ لأنّ مأخذهما وقوع الاسم ومخالفة العادة .

فَصْلٌ

[في الوصية بالمنافع]

٣٢٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**تصح بمنافع عبد ودار وغلة حانوت**) عبر في الأولين بالمنافع ، وفي الثالث بالغلة ، وقال السبكي : المنافع والغلة متقاربان ، فكل عين فيها منفعة فقد يحصل منها عن تلك المنفعة شيء ؛ إما بفعله كالاشتغال ، أو بعوض عن فعل غيره ، أو من عند الله تعالىٰ ، وذلك الشيء يسمىٰ غلة ، فالموصىٰ له به يملكه من غير ملك العين ولا المنفعة ؛ كأجرة العبد والدار والحانوت وكسب العبد ، وما ينبت في الأرض كله غلة تصح الوصية به ، كما تصح بالمنفعة . انتهىٰ .

واقتصر « الحاوي » على الوصية بالمنافع(٥) ؛ استغناء بها عن الغلة .

٣٢٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**ويملك الموصىٰ له منفعة العبد ، وأكسابه المعتادة**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٢٩] : (**وبالمنافع يملك كسب العبد ، لا ما يتهب**) فإنه لم يذكر ملكه لمنفعة العبد ، وكأنه سكت عنها لوضوحها ، وخرج بتعبير « المنهاج » بالمعتادة كل كسب

---

(١) المحرر (ص ٢٧٤) .
(٢) الروضة (٦/١٧٢) .
(٣) فتح العزيز (٧/٩٩) .
(٤) انظر « الروضة » (٦/١٧٣) .
(٥) الحاوي (ص ٤٢٩) .

نادر ؛ فهو أعم من الهبة[1] ، واختار السبكي أنه يملك النادرة أيضاً ، ودخل في عبارتهما قوله : (**أوصيت لك بمنافعه حياتك**) ، **والمجزوم** به في « الروضة » وأصلها هنا : أنه ليس تمليكاً ، وإنما هو إباحة[2] ، فليس له الإجارة ، وفي الإعارة وجهان ، وجزما في نظيره من (الوقف) بمنع الإعارة ، وذلك يقتضي ترجيحه هنا ، لكن ذكر الرافعي في (الإجارة) أن له الإجارة في هـٰذه الصورة ، وصوبه في « المهمات » وقال : إنه نظير الوقف علىٰ زيد ثم عمرو ؛ فإن كلاً منهما يملك المنفعة مع التقييد بحياته .

٣٢٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**وكذا مهرها في الأصح**) تبع فيه « المحرر »[3] ، وحكاه في « الشرح » عن العراقيين والبغوي ، ثم حكىٰ عن المراوزة : أنه لورثة الموصي ، قال : وهـٰذا أشبه وأظهر علىٰ ما ذكره الغزالي[4] ، والتعبير بالأشبه لم يذكره الغزالي ، فهو ترجيح من الرافعي ، وقد صرح بترجيحه في « الشرح الصغير » من غير عزو للغزالي ، وتبعه « الحاوي » فقال عطفاً على الهبة [ص ٤٢٩] : (**وعُقر الجارية**) ، وفي « المهمات » : أن **الراجح** نقلاً ما في « المحرر » ، واختاره السبكي ، قال الرافعي : ولم يفرقوا بين الوصية بالمنفعة والكسب والخدمة والغلة ، **والأحسن** : أنها بالمنفعة تفيد استحقاق خدمة العبد وسكنى الدار ، وبالخدمة والسكنىٰ لا تفيد استحقاق سائر المنفع ، كما لا يفيد استئجاره للخدمة تكليفه البناء والكتابة ولا للسكنىٰ عمل الحديد ، والقصارة ، وطرح الزبل ، ولا يبعد أنه مرادهم ، بل ينبغي أنها بالغلة والكسب لا تفيد السكنىٰ والركوب والاستخدام ، وبواحد منها لا يفيد الغلة والكسب ، وهـٰذا يوافق الوجه السابق عن الحناطي والعبادي ؛ فإن الغلة فائدة عينية[5] ، والمنفعة تطلق في مقابلة العين ، فيقال : الأموال تنقسم إلىٰ أعيان ومنافع[6] .

قال السبكي : وكله حسن ينبغي القطع به ، إلا قوله : وبواحد منها لا يفيد الغلة والكسب ؛ فإن الغلة فائدة عينية ؛ لأنه يناقض قوله في الأكساب المعتادة : إنها للموصىٰ له ؛ فإنها أبدال منافعه ، والوجه الذي أشار إليه ضعيف ، فكيف يعتضد به ما اختاره ؛ **والوجه عندي** : أنها بالمنافع تفيد الغلة والكسب ، وبالركوب والاستخدام لا تفيدهما ، وبهما لا تفيد السكنىٰ والركوب والاستخدام ؛ لقول الرافعي : بل ما يتحصل منهما فقط . انتهىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٣٥٧) .
(٢) فتح العزيز (٧/ ١١٠) ، الروضة (٦/ ١٨٧) .
(٣) المحرر (ص ٢٧٤) .
(٤) فتح العزيز (٧/ ١١١) .
(٥) في النسخ : (عينه) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/ ١١١) .

٣٢٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**وله إعتاقه**) **قد يتوهم منه أن مراده : أن للموصىٰ له إعتاق الولد** ، وليس كذلك ، وإنما مراده : أن للوارث إعتاق العبد الموصىٰ بمنفعته ، ومحله في التبرع ، فلو أعتقه عن الكفارة . . لم يجز عنها .

٣٢٧٣ـ قوله : (**وعليه نفقته إن أوصىٰ بمنفعته مدة ، وكذا أبداً في الأصح**)[١] دخل في الثانية ما إذا قال : أبداً ، أو مدة حياة العبد ، أو أطلق ، وعلف البهيمة كنفقة العبد ، وكذا الفطرة ، وقطع البغوي بأنها علىٰ مالك الرقبة[٢] ، **ورجحه** ابن الرفعة .

٣٢٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٣٠] : (**وبيعُهُ إن لم يؤبَّد كالمستأجر**) أي : **فيصح في الأصح** ، قال السبكي : يستثنىٰ منه : المقدر بمدة مجهولة ؛ فإن الوصية صحيحة ، ويمتنع البيع كدار المعتدة بالأقراء .

٣٢٧٥ـ قولهما أيضاً : (**وإن أَبَّدَ . . فالأصح : أنه يصح بيعه للموصىٰ له دون غيره**)[٣] مقتضاه : أن ما لا منفعة فيه سوى الإعتاق . . لا يصح بيعه ، وهو مخالف لصحة بيع العبد الزمن ؛ وعللوه بالتقرب بعتقه ، وهو موجود هنا ، ومقتضاه : صحة بيعه مطلقاً ، قاله في « المهمات » .

٣٢٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٢] : (**وإن أوصىٰ له برقبة عبد دون منفعته . . أعطي الرقبة ، فإن أراد عتقها . . جاز**) محله : في التبرع ، فلو أعتقها عن الكفارة . . لم يجز .

٣٢٧٧ـ قوله : (**وإن أراد بيعها . . لم يجز ، وقيل : يجوز ، وقيل : إن أراد بيعها من مالك المنفعة . . جاز ، وإن أراد بيعها من غيره . . لم يجز**)[٤] **الأصح** : هو الثالث .

٣٢٧٨ـ قوله : (**وفي نفقته وجهان ، أحدهما : على الموصىٰ له بالرقبة**)[٥] **هو الأظهر** .

٣٢٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**وإن أطلق الوصية بها** ـ أي : بحجة الإسلام ـ . . **فمن رأس المال ، وقيل : من الثلث**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وعبارة « الروضة » : (من رأس المال **على المذهب** ، وبه قطع الجمهور سواء قرن به ما يعتبر من الثلث أم لا ، وقيل : قولان ، **ثانيهما** : من الثلث ، وقيل : إن قرن . . فمن الثلث ، وإلا . . فمن رأس المال)[٦] ، وأطلق « التنبيه » الواجبات ، فتناول الحج وغيره ، وقال : (**الأظهر : أنه لا يعتبر من الثلث ، وقيل :**

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٧) .
(٢) انظر « التهذيب » (٥/٨٣) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٣٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٧) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) .
(٦) الروضة (٦/١٩٦) .

يعتبر)[1] ، ولا اصطلاح له في لفظ الأظهر ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٣٠ ، ٤٣١] : (**والفرض كالزكاة والدين والمنذور والكفارة من الأصل ، وإن قال : من الثلث يزحم الوصايا ، ثم يكمل من الأصل**) ، وفي « الكفاية » : أن هـٰذا إذا التزمه في الصحة ، فإن التزمه في المرض . . فمن الثلث قطعاً ، قاله الفوراني ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن « النهاية » ومال إليه ، وقال : **ينبغي الفتوىٰ به**[2] .

٣٢٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن أوصىٰ بأن يحج عنه ؛ فإن كان ذلك من رأس المال . . حج عنه من الميقات ، وإن كان من الثلث . . فقد قيل : يحج عنه من الميقات**) **هو الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٥٧] : (**ويحج من الميقات**) قال السبكي : **الأحسن** : أن يُجعل جملة مستقلة أنه يحج من الميقات ، ويصح أن يجعل من تمام الوجه الثاني ، ويكون تفريعه على الأول من باب أولىٰ .

قال شيخنا ابن النقيب : وعبارة « المحرر » : تفهم عكسه ؛ فإنه قال : (وإن أطلق . . فيحج عنه من رأس المال أو الثلث ، وجهان ، **أصحهما** : الأول) وحينئذ . . فيحج من الميقات[3] .

قلت : لكن الذي في « الروضة » وأصلها الجزم به إن قلنا : من رأس المال ، وتصحيحه إن قلنا : من الثلث ، كما تقدم عن « التنبيه »[4] ، فلابد من تأويل عبارة « المحرر » إن أفهمت خلافه .

٣٢٨١ـ قول « التنبيه » في المسألة المذكورة [ص ١٤٣] : (**وقيل : إن كان قد صرح بأنه من الثلث . . حج من بلده ، وإن لم يصرح . . حج من الميقات**) ليس له ذكر في غيره ، ووجَّهه في « الكفاية » : بأنه إذا لم يصرح وهو فرض . . فالمؤنة من رأس المال ، فيكون من الميقات ، قال : وهو خلاف تفريعه أنه من الثلث .

٣٢٨٢ـ قوله في (الحج) : (**ولا تجوز النيابة في حج التطوع في أحد القولين ، وتجوز في الآخر**)[5] **الأظهر** : الجواز ، ويوافقه قول « المنهاج » هنا [ص ٣٥٧] : (**وتصح ـ أي : الوصية ـ بحج تطوعٍ في الأظهر**) ، وهي مبنية عليها ، وتناولت عبارة « التنبيه » النيابة عن المعضوب .

٣٢٨٣ـ قول «المنهاج» [ص ٣٥٧] : (**وللأجنبي أن يحج عن الميت بغير إذنه في الأصح**) فيه أمران :
أحدهما : أن محله : في حج الإسلام ، أما التطوع . . فلا يجوز بغير إذنه في **الأصح** .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/١٨٦) .
(٣) السراج علىٰ نكت المنهاج (٥/١٤٨) ، وانظر « المحرر » (ص ٢٧٥) .
(٤) فتح العزيز (٧/١٢٢) ، الروضة (٦/١٩٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ٧٠) .

ثانيهما : يلتحق بإذن الميت إذن وارثه ، والوجهان إنما هما فيما إذا لم يأذن الميت ولا الوارث ، ويرد علىٰ إطلاق « التنبيه » جواز النيابة في التطوع في أحد القولين[1] : أن محله : إذا كان بإذنه ، أو إ ذن وارثه كما تقدم ، ويرد ذلك أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٣١] : (**ويؤدي حجه وكفارته المالية ، لا الأجنبي العتق**) فإن مقتضاه : تأدية الأجنبي عنه حج التطوع بغير إذنه .

٣٢٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**ويؤدي الوارث عنه الواجب المالي في كفارةٍ مرتبةٍ**) يتناول ما إذا أدىٰ من ماله مع وجود تركة ، وكذا يتناوله إطلاق « الحاوي » العبارة المتقدمة[2] ، لكن قول « المنهاج » بعده [ص ٣٥٧] : (**وأن له الأداء من ماله إذا لم تكن تركةٌ**) يقتضي بمفهومه منعه مع وجود تركة ، إلا أن يقال : إنه لا مفهوم له ، وإنما هو تصوير للواقع ؛ لأنه إنما يحتاج للأداء من ماله عند عدم التركة ، وقد قال السبكي : إن الذي يظهر : جواز الأداء من ماله مع وجود تركة ، قال : ثم رأيت في « البيان » ما يوافقه[3] ، وفي كلام الرافعي ما يخالفه بحثاً ، فقال : يشبه أنه كالأجنبي[4] ، ونازعه السبكي .

وقال شيخنا الإمام البلقيني فيما اقتضاه مفهوم « المنهاج » وغيره : إنه بعيد من النظر ؛ لأن للوارث إمساك التركة ، وقضاء حق الآدمي المبني على المضايقة من غيرها ، فحق الله أولىٰ ، قال : ولا يُفرّق بالتعلق بالعين ، فإنه موجود فيهما ، ولا ينظر إلى **العتق** ، وإنه متعلق بالتركة ؛ فللوارث أن يشتري من غير عبيد التركة من يعتقه ، فله ذلك من مال نفسه ، ويكون قوله : (**إذا لم تكن تركة**) قيداً لإثبات الخلاف ، لا للمنع في مخالفه . انتهىٰ .

٣٢٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] : (**وأنه يقع عنه لو تبرع أجنبيٌّ بطعامٍ أو كسوة ، لا إعتاقٍ في الأصح**) ويوافقه عبارة « الحاوي » المتقدمة[5] ، وليس في « الروضة » وأصلها هنا ترجيح ، وإنما فيهما طريقان : إجراء الخلاف ، والقطع بالمنع[6] ، لكن فيهما في كفارة اليمين تصحيح المنع في المخيرة ، والجواز في المرتبة[7] .

٣٢٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٧] و« الحاوي » [ص ٤٣١] : (**وينفع الميت دعاء**) قال السبكي : فيه شيئان :

---

(١) التنبيه (ص ٧٠) .
(٢) الحاوي (ص ٤٣١) .
(٣) البيان (٨/٣١٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/١٢٩) .
(٥) الحاوي (ص ٤٣١) .
(٦) فتح العزيز (٧/١٢٨) ، الروضة (٦/٢٠١) .
(٧) فتح العزيز (١٢/٢٧٨ ، ٢٧٩) ، الروضة (١١/٢٥ ، ٢٦) .

أحدهما : نفس الدعاء ، وثوابه للداعي لا للميت .

والثاني : حصول المدعو به إذا قبله الله تعالىٰ ، وذلك ليس من عمل الميت ، ولا يسمىٰ ثواباً ، بل هو من فضل الله تعالىٰ في استجابته ، ومعنىٰ نفعه للميت : حصول المدعوّ به له إذا استجابه الله .

نعم ؛ دعاء الولد يحصل فيه ثواب نفس الدعاء للوالد الميت ؛ لقوله عليه الصلاة والسلام : « أو ولد صالح يدعو له »[1] جعل ذلك من عمله ، وإنما يكون منه ، ويستثنىٰ من انقطاع العمل : إذا أريد نفس الدعاء ، أما المدعو به ، فليس من عمله . انتهىٰ .

٣٢٨٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٣١] : (**لا الصوم**) أي : فإنه لا ينفعه ، هـٰذا هو **الجديد** ، وفي **القديم** : ينفعه إذا صام عنه وليه ، واختاره النووي[2] .

٣٢٨٨ـ قوله عطفاً عليه : (**والصلاة**)[3] يستثنىٰ منه : ركعتا الطواف ؛ فإنها تقع عن المحجوج عنه على **الأصح** .

فصل

[في الرجوع عن الوصية]

٣٢٨٩ـ قول « الحاوي » [ص ٤٣٦] : (**ويرجع عن تبرُّع عُلِّق بالموت**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن وصىٰ بشيء ثم رجع في وصيته . . صح الرجوع**) ومن قول « المنهاج » [ص ٣٥٨] : (**له الرجوع عن الوصية وعن بعضها**) لأنه قد يفهم من عبارتهما جواز الرجوع عن التبرعات المنجزة في مرض الموت ؛ لأنها كالوصية في الحسبان من الثلث .

٣٢٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٨] و« الحاوي » في أمثلة الرجوع [ص ٤٣٦] : (**هـٰذا لوارثي**) قال الرافعي : كذا قيل ، لكن سنذكر فيما إذا أوصىٰ بشيء لزيد ثم أوصىٰ به لعمرو . . لم يكن رجوعاً ، بل يشتركان ، فكان يجوز أن يقال به هنا ، فيبطل نصف الوصية ، وأسقط هـٰذا من « الروضة »[4] .

٣٢٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٨] : (**وببيع**) ثم قال : (**وكذا هبة**) ، أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**ثم أزال الملك فيه ببيع أو هبة**) لأنه قد يفهم منه توقف الرجوع علىٰ زوال

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٣١) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه .

(٢) انظر « الروضة » (٦/٢٠٣) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٣١) .

(٤) فتح العزيز (٧/٢٥٨) ، الروضة (٦/٣٠٤) .

الملك ، وليس كذلك ، بل مجرد الإيجاب كاف ، ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٣٦] : (**وإيجاب الرهن**) ففهم منه إيجاب ماعداه من طريق الأولىٰ .

وذكر في « الكفاية » : أن كلام « التنبيه » يفهم أن عقد الهبة ليس رجوعاً ، لكن قوله : (**أو عرضه على البيع**)[١] يفهم خلافه .

٣٢٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن وصىٰ به ثم رهنه .. فقد قيل : هو رجوع ، وقيل : ليس برجوع**) **الأصح** : الأول ولو لم يوجد قبض ، كما صرح به « المنهاج »[٢] ، بل ولو وجد مجرد الإيجاب ، كما صرح به « الحاوي »[٣] .

٣٢٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٨] : (**وكذا توكيلٌ في بيعه وعرضه عليه في الأصح**) ، قال شيخنا ابن النقيب : ظاهره عود الخلاف إليهما ، وأنهما وجهان متقابلان ، وكذا في « المحرر » ، والذي في « الروضة » وأصلها هنا : أن التوكيل بالتصرفات المذكورة كالوصية بها ، والمجزوم به في « المنهاج » في (الوصية) أنه رجوع ، ومقابله في « الروضة » مع ضعفه : أنه رجوع في النصف فقط ، ثم قال في « الروضة » : العرض على البيع والهبة والرهن رجوع **في الأصح** ، ويجريان في مجرد إيجاب الرهن والهبة ، وظاهره أيضاً : تقابل الوجهين ، والذي في « الشرح » في العرض على البيع وجهان كالوجهين في التوكيل ، **والأظهر** : أنه رجوع ، فأسقط من « الروضة » النظير بالتوكيل ، فاختلفت كيفية المقابل .

وحاصله : أن العرض على البيع كالتوكيل به ، والتوكيل به كالوصية به ، فالمقابل في الجميع ليس برجوع في النصف فقط ، هـٰذا مقتضىٰ ما في « الروضة » و« الشرح » ، فلا يحسن إطلاق « المنهاج » في التوكيل والعرض ، ولا « الروضة » في العرض . انتهىٰ[٤] .

٣٢٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن أجره .. لم يكن رجوعاً**) يشمل ما لو أوصىٰ بمنفعته سنة ثم أجره مدة ومات وقد بقي قدر مدة الوصية أو بعضها ، **والأصح** : البطلان فيما مضىٰ ؛ ولذلك قال « الحاوي » فيما يحصل لرجوع[٥] [ص ٤٣٦] : (**وإجارة تبقىٰ مدة الوصية**) .

٣٢٩٥ـ قول « الحاوي » [ص ٤٣٦] : (**والوطء بالإنزال**) تبع فيه الإمام والغزالي[٦] ، وقال به

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٤٣) .

(٢) المنهاج (ص ٣٥٨) .

(٣) الحاوي (ص ٤٣٦) .

(٤) السراج علىٰ نكت المنهاج (٥/١٥٦ ، ١٥٧) ، وانظر « المحرر » (ص ٢٧٦) ، و« فتح العزيز » (٧/٢٦٢) ، و« الروضة » (٦/٣٠٥ ، ٣٠٧) .

(٥) كذا هي في النسخ ، ولعل الأولىٰ : (فيما يحصل به الرجوع) ، والله أعلم .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (١١/٣٣٦) ، و« الوجيز » (١/٤٦٠) .

ابن الحداد والفوراني ، واقتصر المتولي والخوارزمي علىٰ حكايته ، وحكاه في « البيان » عن القاضي أبي الطيب[1] ، لكن نقل الرافعي والنووي عن الأكثرين : أنه ليس رجوعاً ، **وصححاه**[2] ، وكذا نقله أبو الفرج الزاز في « **تعليقه** » عن العامة .

٣٢٩٦ـ قوله : (**لا إنكاره**)[3] أي : ليس رجوعاً ، **كذا صححه الرافعي والنووي في** (التدبير)[4] ، وجزما هنا بأنه رجوع ، قال الرافعي : علىٰ ما مر في جحود الوكالة[5] ، ومقتضاه : الفرق بين أن يكون لغرض ودونه .

لكن قال في « المهمات » : **المفتىٰ به** في الوكالة : الانعزال مطلقاً ؛ فقد قال في « النهاية » : إنه **المشهور** ، ولم يذكر التفصيل إلا احتمالاً لنفسه ، ورجح شيخنا الإمام البلقيني أن إنكار الوصية ليس برجوع .

٣٢٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن أوصىٰ بشيء ثم أزال اسمه ؛ بأن كان قمحاً فطحنه ، أو دقيقاً فعجنه ، أو عجيناً فخبزه . . كان رجوعاً**) لم يرتض الرافعي التعليل بزوال الاسم ، قال : ومقتضاه : الفرق بين أن يقول : أوصيت بهـٰذا الطعام ، أو أوصيت بهـٰذا ، أو بما في هـٰذا البيت من غير ذكر اسم ، وعلل بطلان الوصية في هـٰذه الصور أيضاً : بإرادة عدم استمرار الوصية[6] ، ولو عرضت هـٰذه الأمور من غير إذن الموصي . . فقياس التعليل **الأول** : البطلان ، **والثاني** : البقاء ، وذكروا وجهين في بعضها ، والباقي ملحق به ، واقتصر « المنهاج » و« الحاوي »[7] على المثالين الأولين ، ولم يذكرا خبز العجين ، وبحث فيه الرافعي ، وقال : ينبغي ألاَّ يلحق بعجن الدقيق ؛ فإن الدقيق يفسد لو ترك[8] .

فلعله قصد إصلاحه وحفظه على الموصىٰ له ، وقال الماوردي : هو رجوع ؛ لزوال الاسم دون الاستهلاك[9] ؛ يعني : إذا فرعنا علىٰ علة الاستهلاك . . لا يكون رجوعاً .

٣٢٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن كان غزلاً فنسجه ، أو نقرة فضربها دراهم ، أو ساجاً**

---

(١) البيان (٨/ ٢٩٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٦٢) ، و« الروضة » (٦/ ٣١٠) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٣٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٤٢٥) ، و« الروضة » (١٢/ ١٩٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٥٧) ، و« الروضة » (٦/ ٣٠٤) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٦٤) .
(٧) الحاوي (ص ٤٣٦) ، المنهاج (ص ٣٥٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٦٤) ، وقوله : (فإن الدقيق) كذا هو في النسخ ، ولعل الصواب : (فإن العجين) ، كما في « فتح العزيز » ، و« روضة الطالبين » (٦/ ٣٠٧) ، فليتأمل .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣١٦) .

فجعله باباً . . فقد قيل : هو رجوع ، وقيل : ليس برجوع) الأصح : أنه رجوع ، وجزم به « المنهاج » في النسج و« الحاوي » في النسج والجعل باباً[1] .

٣٢٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن أوصىٰ بدار فانهدمت وبقيت عرصتها . . فقد قيل : تبطل الوصية ، وقيل : لا تبطل**) ظاهره أن الخلاف في العرصة ، وأن النقض يبطل قطعاً ، وللمسألة حالتان :

إحداهما : أن يوجد الانهدام في حياة الموصي ، فإن زال الاسم . . بطلت الوصية في النقض **على الصحيح** ، وبقيت في العرصة **على الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٣٦] : (**وانهدام الدار ، لا في العرصة**) .

وإن بقي الاسم . . قال الرافعي : بقيت الوصية فيما بقي بحاله[2] ، وفي المنفصل وجهان ، قال في « الكفاية » : **المنصوص وبه قال الجمهور** : المنع .

الثانية : أن يوجد بعد الموت وقبل القبول : فإن لم يزل اسم الدار عنها . . فهي بحالها ، ثم إذا قبل وقلنا : يتبين الملك بالموت ، أو قلنا : يملك به . . قلنا : النقض للموصىٰ له ، وإن قلنا : إنما يملك بالقبول . . فله الدار ، وفي المنفصل وجهان ، أما لو هدمها الموصي حتىٰ زال اسمها . . فإنه رجوع في النقض ، وكذا في العرصة **في الأصح** .

٣٣٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٤٣] : (**وإن وصىٰ لزيد بجميع ماله أو ثلثه أو بعبد ثم وصىٰ بذلك لعمرو . . سوىٰ بينهما**) قال ابن الرفعة : الكلام في الصورة الثانية إذا رد الورثة ، أما إذا أجازوا . . سُلِّمَ الثلث كاملاً لكل منهما .

فصل

[في الإيصاء]

٣٣٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٨] : (**يسن الإيصاء بقضاء الدين ، وتنفيذ الوصايا ، والنظر في أمر الأطفال**) فيه أمور :

أحدها : ذكر في « الروضة » وأصلها مع قضاء الدين : رد المظالم[3] ، وأهمله « المنهاج » و« الحاوي » ، ولا يتوهم أن قضاء الدين : يغني عنه ؛ لأن المظلمة قد تكون في عين .

ثانيها : استدرك في « الروضة » على الرافعي في اقتصاره في قضاء الدين ورد المظالم على

---

(١) الحاوي (ص ٤٣٦) ، المنهاج (ص ٣٥٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٥٦) .

(٣) فتح العزيز (٧/ ٢٦٧) ، الروضة (٦/ ٣١١) .

الاستحباب ، فقال : هٰذا إذا كان قادراً عليهما في الحال ، فإن كان عاجزاً عنهما . . وجب عليه أن يوصي بهما[١] ، وقال الرافعي في أول الباب : ومن عنده وديعة ، أو في ذمته حق لله تعالىٰ ؛ كزكاة أو حج أو دين لآدمي . . يجب عليه أن يوصي به إذا لم يعلم به غيره[٢] ، وقال في « الروضة » : **المراد** : إذا لم يعلم به من يثبت بقوله[٣] .

قال في « المهمات » : وهو غير كاف ؛ فإن قول الورثة كاف في الثبوت مع أن **المتجه** : أن علمهم لا يكفي ؛ لأنهم الغرماء ، فلا بد من حجة تقوم عليهم عند إنكارهم ، قال : وأيضاً فإنه يقتضي أن الشاهد الواحد لا يكفي ؛ فإن الحق لا يثبت به وحده ، ولكن **القياس** : تخريجه علىٰ قضاء الوكيل الدين بحضرة واحد ، **والصحيح** : الاكتفاء به ، وكذا **الصحيح** : الاكتفاء بإشهاد ظاهري العدالة مع أنه لا يثبت بهما . انتهىٰ .

فهٰذه أجوبة مختلفة ، واقتصر « الحاوي » علىٰ صحة الوصية بذلك ، ولم يذكر استحباباً ولا وجوباً[٤] .

ثالثها : عبر « المنهاج » و« الحاوي » بالإيصاء[٥] ، وعبارة « المحرر » : (الوصاية)[٦] ، وكذا في « الروضة »[٧] ، وهو اللفظ الخاص به ؛ فإن اصطلاح الفقهاء أن الوصاية : العهد إلىٰ من يقوم علىٰ من بعده ، والوصية : التبرع المضاف إلىٰ ما بعد الموت ، ولكن الإيصاء يعمها لغة ، وقد لا يفهم المبتدىء الفرق بين الوصية والوصاية ؛ لأنه اصطلاحي كما تقدم .

رابعها : قال الإمام : الوصاية بقضاء الدين لا يظهر له أثر ؛ إذ للورثة القضاء من أموالهم ، فإن أبوا [أن يؤدوها من أموالهم ، وأرادوا ـ وهم أهل رشد لا يُولّىٰ عليهم ـ أن يتعاطوا][٨] بيع التركة والوفاء مع وجود الوصي . . ففيه تردد[٩] .

قال ابن الرفعة : والنص يفهم أن التعويل على الوصي ، وقال الإمام وطائفة أيضاً : إن الوصية لا تجري في رد المغصوب والودائع ، ولا في الوصية بعين لمعين ؛ لأنها مستحقة بأعيانها ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٦٧) ، و« الروضة » (٦/٣١١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٥) .
(٣) انظر « الروضة » (٦/٩٧) .
(٤) الحاوي (ص ٤٣٧) .
(٥) الحاوي (ص ٤٣٧) ، المنهاج (ص ٣٥٨) .
(٦) المحرر (ص ٢٧٦) .
(٧) الروضة (٦/٣١١) .
(٨) في النسخ : (فإن أبوا وهم رشداء أن يتقاضوا بيع . . .) ، وهٰذا نقص ظاهر وتصحيف ، وقد أصلحنا العبارة وأتممناها من « نهاية المطلب » .
(٩) انظر « نهاية المطلب » (١١/٣٥٦) .

فيأخذها أصحابها ، وإنما يوصىٰ فيما يحتاج إلىٰ نظر واجتهاد ؛ كالوصية للفقراء[1] .

قال الرافعي : وهو موضع توقف نقلاً ومعنىٰ ، أما المعنىٰ : فخوف خيانة الوارث ، والنقل قولهم : إن وصىٰ إلىٰ فاسق . . ضمن[2] .

قال ابن الرفعة : وفائدتها في الأعيان في غيبة الموصىٰ له ، وفي حال تعذر القبول ، فيكون تحت يد الموصي ، ولولا الوصاية . . لكانت عند الحاكم . وقال السبكي : هي قبل القبول ملك للوارث ، فله الامتناع من دفعها إلى الوصي ، فيأخذها الحاكم إلىٰ أن يستقر أمرها ، ومع هـٰذا : فللوصي مطالبة الوارث بتنفيذها حضر الموصىٰ له أو غاب ، فهـٰذه فائدة ، وأما العواري والودائع والغصوب . . ففائدة الوصية بها : مطالبة الوصي بها ؛ ليبرأ الميت منها .

خامسها : اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » و« الروضة » على الأطفال[3] ، وكذا اقتصر عليه « التنبيه » ، إلا أنه ذكره مثالاً[4] ، ولا يختص الحكم بهم ؛ فالمجنون كذلك ، وقد صرح به الرافعي في آخر كلامه ، فقال : ثم الحكم غير منوط بخصوص الطفولية ، بل المجنون كالصغير في أنه تجوز الوصاية في أمره[5] ، وظن في « المهمات » أن الرافعي لم يذكر ذلك ، فحكاه عن القاضي أبي الطيب وغيره ، قال : وصرح مجلي في « الذخائر » بصحتها على السفيه .

قلت : وذكره شيخنا الإمام البلقيني في « حاشية الروضة » مجزوماً به من غير عزو لأحد .

٣٣٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**ولا تصح الوصية إلا إلىٰ حر مسلم بالغ عاقل عدل**) فيه أمران :

أحدهما : أن اعتبار الإسلام يقتضي أنه لا تصح الوصية إلىٰ ذمي ، وهو كذلك إذا كان الموصي مسلماً ، لكن في « المهمات » : أنه لو كان المسلم وصياً علىٰ ذمي ، وفوض إليه الموصي أن يوصي عليه . . **فالمتجه** : جواز إسناد الوصية عليه إلىٰ ذمي مثله ، أما إذا كان الموصي ذمياً . . فإنه تصح وصايته إلىٰ ذمي ؛ ولذلك قال « المنهاج » بعد اشتراط الإسلام [ص ٣٥٨] : (**لكن الأصح : جواز وصية ذمي إلىٰ ذمي**) ، وفي « الحاوي » [ص ٤٣٧] : (**مسلم إن صدر منه**) ؛ أي : فإن صدر من ذمي . . فلا ، ويشترط حينئذ : أن يكون عدلاً في دينه .

وقال الإمام : لا يتبين لنا أنه عدل في دينه مع أنا لا نطلع علىٰ شرائعهم إلا من جهتهم ، ونحن لا نثق بإخبارهم عن قواعد شرعهم ، فيغمض مُدرَك هـٰذا ، ويعسر بسببه تزويج الكافر ، إلا أن

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١١/٣٥٦) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٧٧) .

(٣) الحاوي (ص ٤٣٧) ، المنهاج (ص ٣٥٨) ، الروضة (٦/٣١١) .

(٤) التنبيه (ص ١٤٤) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٧٦) .

يكون فينا مطلعٌ علىٰ شرعهم ، أو كان قد أسلم منهم من هو عدل رضاً فينا ، وهو خبير بشرع الكفار[1] .

ثانيهما : أنه يشترط مع ما ذكره : أن يكون فيه هداية إلى التصرف الموصىٰ به ، ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، قال الرافعي : وربما دل كلام الأصحاب علىٰ أنه غير مرعي ، ويؤيده قولهم : خمسة شروط : إسلام ، وعقل ، وبلوغ ، وحرية ، وعدالة[3] .

وقال السبكي : إنه ظاهر كلام الشافعي والأكثرين ، لكن عبر شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عن اشتراطه بالصواب[4] .

ويشترط أيضاً : ألاَّ يكون الوصي عدواً للطفل ، كما حكاه الرافعي عن الروياني وآخرين[5] ، وأنهم حصروا الشرائط بلفظ مختصر ، فقالوا : ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل ، واستنبط في « المهمات » من ذلك اشتراط كون الوصي الذمي من ملة الموصىٰ عليه حتىٰ لا تصح وصية النصراني إلى اليهودي ، وبالعكس ؛ للعداوة ، واستغنى « الحاوي » بالعدالة عن ذكر البلوغ والعقل ، وقال [٤٣٧] : (**إلىٰ حر كلاً**) ، فاحترز عن المبعض ، وهو تأكيد ؛ فإن المبعض ليس حراً ؛ ولهـٰذا لم يذكر ذلك « التنبيه » و« المنهاج » ، فلو فرق المال حيث أوصىٰ إليه بتفرقته ، وهو غير مستجمع الشرائط . . غرمه إن كانوا غير محصورين ، قاله الرافعي ، قال الماوردي : ولا يرجع عليهم ، وقال في « شرح المهذب » المسمىٰ بـ « الوافي » : وعندي أنه يرجع ؛ لأن التفرقة لم تقع الموقع ، فتصرفوا فيما لم يملكوه .

٣٣٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**فإن وصىٰ إليه وهو علىٰ غير هـٰذه الصفات ، فصار عند الموت علىٰ هـٰذه الصفات . . جاز ، وقيل : لا يجوز) والأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٣٧] : (**لدى الموت**) ، لكن قال السبكي : كلام الشافعي والأكثرين دال على الثاني ؛ أي : اعتبار هـٰذه الصفات في الحالتين ، وقيل : يعتبر فيما بينهما أيضاً ، قال في « المهمات » : ومقتضىٰ هـٰذه الأوجه : أنه لا يكفي وجودها عند القبول اتفاقاً وإن كان وقت تصرفه ؛ لدخول الولاية بالموت فإنه وقت تسلطه على القبول .

٣٣٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وإن أوصىٰ إلىٰ أعمىٰ . . فقد قيل : تصح ، وقيل :**

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٢٠) .
(٢) الحاوي (ص ٤٣٧) ، المنهاج (ص ٣٥٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٦٩) .
(٤) تذكرة النبيه (٣/ ٢٢٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٦٩) .

لا تصح) ، **الأصح** : الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، ومقتضىٰ كلام « التنبيه » أنه لا يشترط في الوصي الذكورة ، وصرح به « المنهاج » ، قال : **(وأم الأطفال أولىٰ من غيرها)**[2] ، وكذا في « الحاوي »[3] ، وقال الرافعي : في قول الغزالي : (والأم أولىٰ من ينصب قيماً) يفيد أولوية الوصاية إليها ، ونصب القاضي إياها[4] .

واستفدنا من ذلك مسألة حسنة ، وهي جواز نصب القاضي المرأة قيمة ، وبه صرح الغزالي في « البسيط » ، فقال : وللقاضي أن يفوض أمر الأطفال إذا لم يكن وصي إلى امرأة فتكون قيمة ، ولو كانت أم الأطفال . . فذلك أولىٰ ، وقال الروياني في « البحر » : يجوز للقاضي أن يجعل المرأة أمينة في مال أولادها ، ثم قال بعد ذلك : ولا يشبه القضاء ؛ لأنه يعتبر فيه زيادة الكمال من شرائط الاجتهاد وغيرها .

٣٣٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٩] : **(وينعزل الوصي بالفسق ، وكذا القاضي في الأصح ، لا الإمام الأعظم)** فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه يقتضي الاتفاق علىٰ عدم انعزال الإمام الأعظم به ، وليس كذلك ، بل في كل منهما وجه .

ثانيهما : في معنى الوصي : قيم الحاكم ، وأما الأب والجد إذا فسقا . . انتزع الحاكم مال الطفل منهما ، هـٰذه عبارة « أصل الروضة »[5] ، وأجرى الإمام في انعزالهما قولين كولاية النكاح ، ورد المتولي الخلاف إلى التمكين من التصرف ، وينزع جزماً ، وهو حسن ، فإن تابا . . عادت ولايتهما .

تَنْبِيهٌ

[لا ينعزل الوصي باختلال كفايته]

فهم منه أنه لا ينعزل باختلال كفايته ، وهو كذلك ، بل يضم القاضي إليه معيناً ، بل أفتى السبكي : بأنه يجوز للقاضي أن يضم إلى الوصي غيره لمجرد الريبة من غير ثبوت خلل ، وقال : لم أره منقولاً ، وهـٰذا بخلاف قيم القاضي ؛ فإنه إذا اختلت كفايته . . عزله ؛ لأنه الذي ولاه .

٣٣٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : **(من جاز تصرفه في ماله . . جازت وصيته)** ثم قال : **(وفي**

---

(١) الحاوي (ص ٤٣٧) ، المنهاج (ص ٣٥٨) .
(٢) المنهاج (ص ٣٥٨) .
(٣) الحاوي (ص ٤٣٧) .
(٤) انظر « الوجيز » (١/ ٤٦١) ، و« فتح العزيز » (٧/ ٢٧٠) .
(٥) الروضة (٦/ ٣١٢) .

الصبي المميز والمبذر قولان) الأصح : صحة وصية المبذر دون الصبي ، وهو مفهوم من اعتبار « المنهاج » في الموصي الحرية والتكليف[1] ، واقتصر « الحاوي » على الحرية[2] ، وكأنه سكت عن ذكر التكليف ؛ لوضوحه ، ومقتضىٰ كلامهم : أنا إذا صححنا وصية المبذر . . كان له تعيين شخص لتنفيذها .

قال السبكي : ولم أر فيه إلا ما اقتضاه هـٰذا الكلام ، وهو محتمل ، ومنعه أيضاً محتمل فيليه الحاكم .

واعلم : أن عبارة « المنهاج » كما في كثير من نسخه [ص ٣٥٩] : (**ويصح الإيصاء في قضاء الدين ، وتنفيذ الوصية من كل حُر مكلف**) ، وكذا في « المحرر »[3] ، وهو موافق لتعبير « التنبيه » و« الحاوي » و« الروضة » وأصلها[4] ، لكن في نسخة المصنف من « المنهاج » بعد الدين دائرة ، وبعده : (**وتنفُذُ الوصية**) بضم الفاء بعدها ذال مضمومة ، وليس بين الفاء والذال ياء ، بل هو فعل مضارع ، ليس مصدراً ، وصار كلامه مشتملاً علىٰ مسألتين :

إحداهما : صحة الوصية في قضاء الدين ، وهـٰذه تقدمت .

والأخرىٰ : نفوذ الوصية من كل حر مكلف ، ولم يقل : في أي شيء ، وقال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : ينبغي أن يقرأ (تنفيذ) بزيادة ياء بين الفاء والذال[5] ، كما تقدم عن بعض النسخ ، وهـٰذا أحسن ، لكنه مخالف لنسخة المصنف .

٣٣٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وليس له أن يوصي ، فإن جعل إليه أن يوصي . . ففيه قولان) الأصح** : الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] .

٣٣٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٩] : (**ولو قال : « أوصيت إليك إلىٰ بلوغ ابني أو قدوم زيد فإذا بلغ أو قدم فهو الوصي » . . جاز**) كان ينبغي أن يؤخره ، فيذكره عقب قوله : (**ويجوز فيه التوقيت والتعليق**) فإنه مثال له .

٣٣٠٩ـ قوله : (**ولا يجوز نصب وصيٍّ والجدُّ حيٌّ بصفة الولاية**)[7] محله : في الوصية في أمر الأطفال ، فأما في الديون والوصايا . . فيجوز ، فإن لم ينصب أحداً . . فأبوه أولىٰ بقضاء الدين ،

---

(١) المنهاج (ص ٣٥٩) .

(٢) الحاوي (ص ٤٣٧) .

(٣) المحرر (ص ٢٧٦) .

(٤) فتح العزيز (٢٦٨/٧) ، الروضة (٣١١/٦) .

(٥) انظر « بيان غرض المحتاج إلىٰ كتاب المنهاج » (ق ١٥) .

(٦) الحاوي (ص ٤٣٧) ، المنهاج (ص ٣٥٩) .

(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٩) .

والحاكم أولىٰ بتنفيذ الوصايا ، ولا يرد ذلك على « الحاوي » لذكره له عقب الوصية على الطفل مستثنياً له منه ، فقال : (**والولي والوصي بإذنه على الطفل ، لا حياة الجد**)[1] ، ولم يعتبر كونه بصفة الولاية ، ولا بد منه .

٣٣١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٥٩] : (**ولفظه : « أوصيت » ، أو « فوضت » ، أو نحوهما**) قد يفهم تعيين اللفظ ، وليس كذلك ، فلو اعتُقل لسانه .. صحت وصيته بالإشارة ، وقد ذكره « الحاوي »[2] .

٣٣١١ـ قوله : (**والمطلق للحفظ**)[3] قد يفهم أن مراده : ما إذا اقتصر علىٰ قوله : (أوصيت إليك) ، وليس كذلك ؛ فهـٰذه وصية باطلة قطعاً ، وقد قال « المنهاج » [ص ٣٥٩] : (**ويشترط بيان ما يوصي فيه ، فإن اقتصر علىٰ : « أوصيت إليك » .. لغا**) ، وإنما أراد « الحاوي » : ما إذا قال : (أوصيت إليك في أمر أطفالي) ، ولم يذكر التصرف ، وما ذكره وجه ، **والأصح** في « أصل الروضة » ـ وهو **المذهب** في « التتمة » ولم يخالفه الرافعي ـ : أن له في هـٰذه الصورة الحفظ والتصرف[4] .

وقال السبكي : العرف في الاقتصار علىٰ : (أوصيت إليك) شمول جميع التصرفات ، ولكني لم أره لأحد .

٣٣١٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩ ، ١٤٠] : (**وله أن يقبل في الحال ، وله أن يقبل في الثاني**) أراد بالحال : الحياة ، وبالثاني : بعد الموت ، **والأصح** : أنه لا يصح القبول في الحياة ، وقد ذكره « المنهاج »[5] ، وكذا لا يصح الرد في الحياة **في الأصح** ، فله القبول بعد الموت .

٣٣١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وله أن يوصي إلى اثنين ، فإن أشرك بينهما في النظر .. لم يجز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف**) ، يفهم جواز الانفراد بالتصرف حالة الإطلاق ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٥٩] : (**لم ينفرد أحدهما إلا إن صرح به**) و« الحاوي » [ص ٤٣٧] : (**وإلى اثنين ولو بالترتيب وقبلا للتعاون**) ، وأشار بقوله : (**ولو بالترتيب وقبلا**) إلىٰ ما إذا قال : أوصيت إلىٰ زيد ، ثم قال : أوصيت إلىٰ عمرو ، وقبلا .. فليس لأحدهما الانفراد بالتصرف ، كما **صححه الرافعي والنووي** ، وقال البغوي : ينفرد ، قال الرافعي : والاعتماد على الأول[6] .

---

(١) الحاوي (ص ٤٣٧) .

(٢) الحاوي (ص ٤٣٧) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٣٧) .

(٤) فتح العزيز (٧/ ٢٧٧ ، ٢٧٨) ، الروضة (٦/ ٣١٦) .

(٥) المنهاج (ص ٣٥٩) .

(٦) انظر « التهذيب » (٥/ ١٠٩) ، و« فتح العزيز » (٧/ ٢٨٠) ، و« الروضة » (٦/ ٣١٨) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : والذي أعتقده وأذهب إليه ما جزم به البغوي ، **وهو الأصح** . انتهىٰ .

قال الإمام : وليس المراد تلفظهما بالعقد معاً ، وإنما المعتبر صدوره عن رأيهما وإن باشره أحدهما أو غيرهما بأمرهما .

قلت : ولذلك أفتيت في وصيين علىٰ يتيمين شرط عليهما الاجتماع على التصرف : بصحة بيع عقار أحد الطفلين للآخر بشرطه بمباشرة أحد الوليين للإيجاب والآخر للقبول ؛ فإن ذلك صادر عن رأيهما[١] ، قال البغوي وغيره : ومحل وجوب الاجتماع أمر الأطفال وأموالهم وتفرقة الوصايا غير المعينة وقضاء دين ليس في التركة جنسه ، أما رد الودائع والغصوب والعواري وتنفيذ وصية معينة وقضاء دين في التركة جنسه . . فلكل منهما الانفراد به ؛ فإن لصاحبه الاستقلال بأخذه[٢] .

قال الرافعي ما معناه : وقوع المدفوع موقعه ، وعدم نقضه ورده واضح ، وأما جواز الإقدام على الانفراد . . فليس واضحاً ؛ فإنهما لم يتصرفا إلا بالوصاية ، فليكن بحسبها ، قال : وفي كلامهم ما هو كالصريح فيما ذكرته ، فلتجيء فيه الأحوال المذكورة في سائر التصرفات ؛ أي : من إطلاق أو تصريح باجتماع أو انفراد[٣] .

٣٣١٤ـ قولهما ـ والعبارة لـ« للمنهاج » ـ : (**وللموصي والوصي العزل متىٰ شاء**)[٤] استثنى النووي في « الروضة » من الوصي ، فقال : إلا أن يتعين عليه ، أو يغلب علىٰ ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاض وغيره[٥] .

قال في « المهمات » : لو لم يكن قبل . . هل يلزمه القبول ؟ يحتمل أن يجب ؛ لقدرته علىٰ دفع المظالم ، ويحتمل خلافه . انتهىٰ .

وفي « فتاوى ابن الصباغ » : أنه لو كان عنده مال يتيم لا ولاية له عليه ، وخاف ضياعه لو سلمه لوليه . . له إمساكه .

---

(١) قال في « حاشية الرملي » (٣/ ٧١) : (قال الأذرعي : إذا كان وصيّان كل منهما مستقل بنص الموصي . . فلكل الشراء من الآخر استقلالاً ، هٰكذا أفتيت به ، وهو ظاهر ، ولم أره نصاً . اهـ قال ابن العراقي في « تحريره » : ولذلك أفتيت في وصيين علىٰ يتيمين شرط عليهما الاجتماع على التصرف بصحة بيع عقار أحد الطفلين للطفل الآخر بشرط مباشرة أحد الوصيين الإيجاب والآخر القبول ؛ فإن ذلك صادر عن رأيهما . اهـ

وما أفتىٰ به الأذرعي رجحه غيره ، وفي « أدب القضاء » للإصطخري : إذا كانا وصيين فباع أحدهما من الآخر . . لم يجز ، قال شيخنا : ما أفتىٰ به العراقي ممنوع) .

(٢) انظر « التهذيب » (٥/ ١٠٩) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٧٩) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٤٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٩) .

(٥) الروضة (٦/ ٣٢٠) .

ويستثنىٰ أيضاً : ما إذا كان الوصي مستأجراً لذلك ، ذكره الماوردي[1] .

واستشكلت الإجارة ؛ فإن شرطها : اتصال الشروع في الاستيفاء بالعقد ، وهنا ليس كذلك ، وصورها السبكي : بأن يستأجره علىٰ عمل لنفسه في حياته ولطفله بعد موته ، أو يستأجره القاضي على الاستمرار على الوصية لمصلحة رآها بعد موت الموصي .

واعلم : أن صورة العزل من الموصي : أن يرجع عن الوصية ، قال السبكي : وتسميته عزلاً ينبغي أن يكون مبنياً على الاعتبار بحال الوصية ، وأن القبول لا يشترط ، وإلا . . لم تصح التسمية ، ومثله : عزل الوصي نفسه قبل القبول ، أما بعده . . فعزل صحيح .

٣٣١٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٣٩] : (**وللموصي أن يوكل فيما لا يتولىٰ مثله بنفسه**) كذا في « أصل الروضة »[2] ، ومفهومه : أنه لا يجوز له التوكيل فيما جرت العادة بمباشرة مثله له .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ومفهومه غير معمول به من جهة النقل والمعنىٰ ، أما النقل : فحكي عن الماوردي والإمام والغزالي وغيرهم ما يقتضي أنه يجوز له التوكيل مطلقاً ، وأما المعنىٰ : فهو استقلاله بالتصرف ، بخلاف الوكيل .

٣٣١٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٣٧] : (**وإن اختلفا في الحفظ . . تولاه القاضي**) محله : ما إذا كان المال غير منقسم ، فإن كان منقسماً . . قسم بينهما ، فإن تنازعا في تعيين النصف المحفوظ . . أقرع بينهما **على الأصح** في « أصل الروضة » ، وليس في كلام الرافعي ترجيح[3] .

٣٣١٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ وهو في « التنبيه » في (الحجر) ـ : (**وإذا بلغ الطفل ونازعه في الإنفاق . . صدق الوصي**)[4] محله : ما إذا كان الذي ذكره الولي لائقاً بالحال ، والمجنون بعد الإفاقة كالطفل بعد البلوغ ، وقيم الحاكم كالوصي ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » الولي .

٣٣١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٣٧] : (**والقول له في الخيانة**) أي : قول الوصي في عدم الخيانة ، يستثنىٰ منه : ما لو قال : (بعت لحاجتك أو لغبطتك) وأنكر الصبي بعد البلوغ . . **فالأصح** : أن القول قول الصبي ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٠٣] : (**فإن بلغ الصبي وادعىٰ أنه باع العقار من غير غبطة ولا ضرورة ؛ فإن كان الولي أباً أو جداً . . فالقول قولهما ، وإن كان غيرهما . . لم يقبل إلا ببينة**) ودخل في قوله : (**غيرهما**) الحاكم كما قاله صاحب « الإقليد » ، وقال بعضهم : **الوجه** : أنه إن كان في زمن قضائه . . قبل قوله بلا يمين ، وبعد عزله . . فيه نظر ، قال في

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٥٢) .

(٢) الروضة (٦/ ٣٢٢) .

(٣) فتح العزيز (٧/ ٢٨١) ، الروضة (٦/ ٣١٩) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٠٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٥٩) .

« الروضة » في (الحجر) من زيادته : وكذا إذا بلغ وادعىٰ أن الولي ترك الشفعة من غير غبطة كما قاله صاحب « المهذب » وغيره ؛ أي : أن القول قول الصبي[1] .

٣٣١٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٠٣] : **(وإن ادعىٰ أنه دفع إليه المال . . لم يقبل إلا ببينة)** يشمل الأب والجد ، وصرح به في « الكفاية » ، وأقره في « التصحيح » ، ولم يذكره الرافعي والنووي إلا في الوصي[2] ، وكذا « المنهاج » و« الحاوي »[3] .

* * *

(١) الروضة (٤/١٨٩) ، وانظر « المهذب » (١/٣٢٩) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٨٣) ، و« الروضة » (٦/٣٢١) .

(٣) الحاوي (ص ٤٣٧) ، المنهاج (ص ٣٥٩) .

كتاب الوديعة

٣٣٢٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٣٨] : (**الإيداع : توكيلٌ بحفظ المال**) قد يقال : لا يختص ذلك بالمال ، بل يجري في المحترم من غيره ؛ كالكلب المنتفع به ونحوه ، لكن لا يجري فيه جميع أحكامه ؛ كالتضمين عند التفريط .

٣٣٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٠] : (**من عجز عن حفظها .. حرم عليه قبولها**) قيده ابن الرفعة بما إذا لم يطلع المالك على الحال ، فإن أطلعه .. فلا تحريم ولا كراهة وبما إذا لم يتعين .

٣٣٢٢ـ قوله : (**ومن قدر ولم يثق بأمانته .. كره**)(١) عبارة « المحرر » : (لا ينبغي أن يقبل)(٢) ، ولا يلزم من ذلك الكراهة ، وأطلق في « الشرح » و« الروضة » وجهين من غير ترجيح :

أحدهما : أنه لا يجوز .

والثاني : أنه يكره(٣) .

٣٣٢٣ـ قوله : (**فإن وثق .. استحب**)(٤) أي : إن كان ثم غيره ، وإلا .. وجب ، كذا أطلقه جماعة ، قال الرافعي : وهو محمول على أصل القبول كما بينه السرخسي دون إتلاف منفعة نفسه وحرزه مجاناً(٥) .

قال شيخنا ابن النقيب : ينبغي تقييد المسألة بما إذا خاف المالك عليها الضياع عنده وكانت تحفظ عند غيره ، ولم أر من ذكره(٦) .

٣٣٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١٠ ، ١١١] : (**فإن أودع صَبيٌّ مالاً .. ضمنه المودع**) أي : إذا قبضه ، وكذا قول « المنهاج » [ص ٣٦٠] : (**ولو أودعه صَبيٌّ أو مجنونٌ مالاً .. لم يقبله ، فإن قبل .. ضمن**) أي : وقبض ؛ فإنه لا يلزم من القبول القبض ، ومحل الضمان : إذا لم يخش الضياع بتركه في يده ، فإن خشي فأخذه [حسبة] .. فلا ضمان في **الأصح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » في صور الضمان [ص ٤٤٠] : (**أو أخذ من طفل وسفيه لا [حسبة]**(٧)) فرتب الضمان على الأخذ وصرح

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٠) .

(٢) المحرر (ص ٢٧٨) .

(٣) فتح العزيز (٧/ ٢٨٧) ، الروضة (٦/ ٣٢٤) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٠) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٨٧) .

(٦) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٥/ ١٧٧) .

(٧) في (ب) ، (ج) ، (د) : (خشية) ، والمثبت من (أ) ، وهو الموافق لما في « الحاوي » .

بالسفيه ، واستثنى الأخذ حسبة ، وقد ذكر « المنهاج » السفيه بعد ذلك فقال [ص ٣٦٠] : (**والمحجور عليه بسفه . . كصبي**) .

٣٣٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**ولا يبرأ إلا بالتسليم إلى الناظر في أمره**) ، قال في « الكفاية » : في الحصر نظر ؛ فإنه لو أتلفه الصبي المودع بلا تسليط من المودع عنده . . فيظهر براءته ؛ لتعذر إحباط فعله وتضمينه مال نفسه ، ونازع بعضهم فيما ذكره وقال : حيث يجعل الإتلاف قبضاً . . تعذر قصده إلى القبض بالإتلاف ، وقصد الصبي غير معتبر ، لكن الحق ما ذكره ابن الرفعة ، وهو منقول قد ذكره الرافعي في (الجراح) قبل الفصل الثاني في المماثلة في أثناء تعليل[1] ؛ ولعل مراد « التنبيه » أنه لا يبرأ بالتسليم إلا إذا كان التسليم إلى الناظر في أمره ، والبراءة هنا ليست بالتسليم ، بل بشيء آخر ، ويوافق هٰذا أن في بعض نسخ « التنبيه » : (**ولا يبرأ بالتسليم إلا إلى الناظر في أمره**) .

٣٣٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٠] : (**ولو أودع صبياً مالاً فتلف عنده . . لم يضمن**) أي : بتفريط أو غيره كما صرح به « التنبيه »[2] .

٣٣٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٠] : (**وإن أتلفه . . ضمن في الأصح**) مخالف لترجيح « الشرحين » و« الروضة » أن الخلاف قولان[3] .

٣٣٢٨ـ قوله : (**وترتفع بموت المودِع أو المودَع وجنونه وإغمائه**)[4] كذا بالحجر عليه بسفه كما قاله صاحب « البيان »[5] .

٣٣٢٩ـ قوله : (**ولهما الاسترداد والرد كل وقت**)[6] أي : للمودِع الاسترداد وللمودَع الرد ، وليس المراد : أن لكل منهما الأمرين .

قال شيخنا ابن النقيب : وينبغي أن يقيد جواز الرد للمودَع بحالة لا يلزمه فيها القبول ابتداء ، أما إذا كانت بحيث يجب القبول . . فيظهر تحريم الرد ، وإن كانت بحيث يندب قبولها . . فالرد خلاف الأولىٰ إذا لم يرض به المالك[7] .

٣٣٣٠ـ قوله : (**منه : أن يودع غيره بلا إذنٍ ولا عذرٍ ، فيضمن**)[8] وعبارة «التنبيه» [ص ١١١] :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٢١) .
(٢) التنبيه (ص ١١١) .
(٣) فتح العزيز (٧/ ٢٨٩) ، الروضة (٦/ ٣٢٥ ، ٣٢٦) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٠) .
(٥) البيان (٦/ ٤٧٥) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٠) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ١٨٠) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٠) .

(**من غير سفر ولا ضرورة**) أي : ولو كان ذلك الغير ولده أو زوجته أو عبده .

قال السبكي : والمتبع فيه العرف ؛ فالملوك والأمراء أموالهم في خزائنهم بأيدي خزان لهم ، والعرف قاض بأنها في أيديهم .

٣٣٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦١] : (**وإذا لم يزل يده عنها . . جازت الاستعانة بمن يحملها إلى الحرز أو يضعها في خزانة مشتركة**) حكى الرافعي الأول عن ابن سريج والأصحاب ، والثاني عن القفال ، لكنه فرضها فيما إذا كانت الخزانة مشتركة بينه وبين ابنه ، قال : وفي « النهاية » : أن المودع إذا أراد الخروج لحاجته فاستحفظ من يثق به من متصليه ، وكان يلاحظ المخزن في عوداته . . فلا بأس ، وإن فوض الحفظ إلىٰ أحدهم ولم يلاحظ الوديعة أصلاً . . ففيه تردد ، وإن كان المخزن خارجاً عن داره التي يأوي إليها وكان لا يلاحظه أصلاً . . فالظاهر تضمينه[١] .

٣٣٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وله أن يضمن الأول والثاني ، فإن ضمن الثاني . . رجع على الأول**) محله : ما إذا كان الثاني جاهلاً بالحال ، فإن علمه . . لم يرجع على الأول ، وقد أورده النووي في « التصحيح » بلفظ الصواب[٢] .

وأجيب عنه : بأن هـٰذا غاصب صورة ومعنىٰ ، والشيخ إنما فرضه في المودَع ، وإنما يكون مودعاً إذا كان جاهلاً ، فذكر العالم يحيل صورة المسألة ، وفيه نظر ؛ لأنه مودع صورة ، وقد يجهل أن المودع ليس له الإيداع ، والإيراد إنما هو على الألفاظ ، وإن كان المورد عليها يفهم من المدرك . . فذلك لا يدفع الإيراد ، والله أعلم .

٣٣٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإذا أراد سفراً ولم يجد صاحبها . . سلمها إلى الحاكم**) في معنىٰ **صاحبها** : وكيله إما مطلقاً أو في استردادها خاصة ؛ فهو مقدم على الحاكم حتىٰ يضمن بالعدول عنه إلى الحاكم **في الأصح** ، وقد صرح به « المنهاج »[٣] ، ويرد ذلك أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٣٨] : (**ووجد المالك ثم القاضي**) وفهم من قول « التنبيه » [ص ١١١] و« المنهاج » [ص ٣٦١] : (**وإذا أراد سفراً**) أن محل ذلك : إذا أودعه في الحضر ، فلو أودعه وهو مسافر . . لم يضمن بدوام السفر بها ، وقد صرح بذلك « الحاوي » فقال [ص ٤٣٨] : (**فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه**) قال الماوردي : فإن كان الحاكم غير مأمون . . فوجوده وعدمه سواء[٤] .

وقول « الحاوي » [ص ٤٣٨] : (**ثم عدلاً**) قد يفهم العدالة الباطنة ، **والظاهر** : الاكتفاء

---

(١) فتح العزيز (٧/ ٢٩٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١١/ ٣٩٣) .

(٢) تصحيح التنبيه (١/ ٣٤٦) .

(٣) المنهاج (ص ٣٦١) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٣٦٠) .

بالظاهرة ، قلته تفقهاً ، ولعل تعبير « التنبيه » و« المنهاج » و« الروضة » وأصلها بالأمانة لذلك[١] ، واقتصر « التنبيه » و« الحاوي » في الرد إلى الحاكم عند فقد المالك ثم إلىٰ أمين علىٰ عذر السفر ، وقال في « المنهاج » [ص ٣٦١] : (**والحريق والغارة في البقعة وإشراف الحرز على الخراب . . أعذار كالسفر**) وشرطه : ألاَّ يجد حرزاً آخر .

٣٣٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن دفن الوديعة في دار وأعلم بها أميناً يسكن الدار . . لم يضمن علىٰ ظاهر المذهب**) وعبر « المنهاج » بـ(موضع) وقال : (**في الأصح**)[٢] فيه أمران :

أحدهما : أنه لا بد من تقييد ذلك الموضع بأن يكون حرز مثله ، وفي بعض نسخ « التنبيه » : (**في داره**) ، وقد يفهم من ذلك أنها دار سكنه التي كان يحرز فيها تلك الوديعة .

ثانيهما : ظاهر كلامهما أن ذلك مع القدرة على الحاكم ، وبهـٰذا صور الجيلي ، وسبقه إليه البندنيجي ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها فرضه في الموضع الذي يجوز فيه إيداع الأمين ، وذلك عند تعذر الحاكم[٣] ، ونقله ابن الرفعة عن الأكثرين ، ومثار الخلاف أن الدفن مع إعلامه به تسليم له أم لا ؛ ولهـٰذا عبر ابن يونس في « النبيه مختصر التنبيه » بقوله : ودفنها بمسكن من أعلمه بها تسليم إليه يعم المالك والحاكم والأمين ، وجعل الإمام في معنى السكنىٰ : أن يراقبها من الجوانب أو من فوق مراقبة الحارس[٤] ، قال الرافعي : ويحتمل أن الإعلام كالإيداع سواء كان سكن الموضع أم لا ، **والأصح** : أن هـٰذا الإعلام ائتمان لا إشهاد ، فتكفي المرأة في ذلك[٥] .

٣٣٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦١] : (**ولو سافر بها . . ضمن إلا إذا وقع حريقٌ أو غارةٌ وعجز عمن يدفعها إليه كما سبق**) مقتضاه : أنه لا بد في نفي الضمان من اجتماع الأمرين : العذر المذكور ، والعجز عمن يدفعها إليه ، وليس كذلك ؛ فالعجز كاف بلا عذر ، فيجوز له السفر بها في الأمن قطعاً ولا يضمن **في الأصح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٣٨] : (**فيضمن إن سافر بما لم يودع فيه ووجد المالك ثم القاضي ثم عدلاً**) فمفهومه أنه إذا لم يجد هـٰؤلاء . . لا ضمان وإن لم يكن عذر .

٣٣٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦١] : (**وإذا مرض مخوفاً . . فليردها إلى المالك أو وكيله ، وإلا . . فالحاكم أو أمين أو يوصي بها ، فإن لم يفعل . . ضمن ، إلا إذا لم يتمكن ؛ بأن مات فجأة**) فيه أمور :

---

(١) الروضة (٦/ ٣٢٨) .
(٢) المنهاج (ص ٣٦١) .
(٣) فتح العزيز (٧/ ٢٩٥) ، الروضة (٦/ ٣٢٨) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٣٨٣) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٢٩٥) .

أحدها : في معنى المرض المخوف : الحبس ليقتل كما في « الروضة » وأصلها[1] ، وهٰذا مخالف لكلامهم في الوصية ؛ حيث عدوا من المخوف : التقديم للقتل ؛ فمقتضاه : أن ما قبل ذلك من الحبس ليس مخوفاً .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ويمكن أن يفرق بأن وقت التقديم للقتل وقت دهشة ، فلو قلنا : له أن يؤخر الوصية إليه ثم تركها وضمناه .. لم يوف له بعذر الدهشة ، وإن قلنا : يؤخر ثم إذا ترك لا يضمن .. لكنا مضيعين لحق مالك الوديعة ، فمن أجل ذلك جعل وقت وصيته ما ذكره الأصحاب ، وأما كونه في هٰذه الحالة لا يحسب تبرعه من الثلث ؛ فلأنه بدنه صحيح ولم يغلب علىٰ ظنه حصول الهلاك ، بخلاف ما إذا قدم .. فإنه يغلب ذلك ، فكان تبرعه فيه من الثلث . انتهىٰ .

ثانيها : أنه جعل الأمين في مرتبة الحاكم مع أنه لا يسلم للأمين إلا عند تعذر الحاكم ، فكان ينبغي أن يقول : (وإلا .. فأمين) .

ثالثها : قوله : (**أو يوصي بها**)[2] أي : إلى الحاكم عند إمكانه ، فإن تعذر .. فإلىٰ أمين ، فهو مخير عند القدرة على الحاكم بين الدفع إليه والوصية ، وعند العجز عنه بين الدفع إلى الأمين والوصية له ، والمراد بالإيصاء : أن يعلم بها ويصفها بما يتميز به أو يشير إلىٰ عينها ويأمر بالرد إن مات ، ولا بد مع ذلك من الإشهاد كما حكاه الرافعي عن الغزالي ، وأسقطه من « الروضة »[3] ، وجزم به في « الكفاية »[4] .

رابعها : قوله : (**فإن لم يفعل .. ضمن**) قال الرافعي : والتقصير إنما يتحقق بترك الوصاية إلى الموت ، فلا يحصل التقصير إلا إذا مات ، لكن تبينا عند الموت أنه كان مقصراً من أول المرض ، فضمَّنَّاه ، أو يكون التلف الحاصل بعد الموت ملحقاً بالتردي في بئر حفرها متعدياً[5] ، وأسقط هٰذا الكلام من « الروضة »[6] .

وقال في « المهمات » : ليس كذلك ، بل بمجرد المرض يصير ضامناً إذا لم يوص ، حتىٰ لو تلفت في حياته في مرضه أو بعد صحته .. وجب ضمانها .

وقال السبكي : تبيُّن الضمان من أول المرض لم أره لغير الرافعي ، ويلزمه أنها إذا تلفت من غير

---

(١) فتح العزيز (٧/٢٩٦) ، الروضة (٦/٣٢٩) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٦١) .
(٣) فتح العزيز (٧/٢٩٧) ، الروضة (٦/٣٢٩) .
(٤) في حاشية (ج) : (ويشترط أيضاً : أن يوصي إلىٰ أمين ، فإن أوصىٰ إلىٰ فاسق .. كان كمن لم يوص ، فيضمن) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٩٦) .
(٦) الروضة (٦/٣٢٩) .

تفريط في مدة المرض . . تكون من ضمانه ، وهو بعيد ؛ لأن الموت كالسفر . . فلا يتحقق الضمان إلا به .

خامسها : قوله : (**إلا إذا لم يتمكن ؛ بأن مات فجأة**)[1] استثناء منقطع ؛ فإنه لم يدخل في قوله : (**وإذا مرض مخوفاً**) ، فلو لم يوص فادعىٰ صاحبها أنه قصر ، وقالت الورثة : لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير . . قال الإمام : فالظاهر : براءة الذمة[2] ، كذا حكاه عنه الرافعي والنووي[3] .

وتعقبه في « المهمات » : بأن الإمام إنما قال هـٰذا عند جزم الورثة بالتلف ، فأما عند ذكرهم له احتمالاً . . فإنه صحح الضمان ، وصحح السبكي أنه لا يقبل قولهم في دعوى التلف والرد إلا ببينة ، خلاف ما قال الرافعي : أنه الوجه . وعبارة « الحاوي » [ص ٤٣٨] : (**كأن مات ـ لا فجأة ـ بلا إيصاء مميزٍ إلىٰ عدلٍ**) فسوىٰ بين الحاكم وغيره من العدول مع أن الحاكم مقدم كما تقدم ، ولم يذكر سوى الإيصاء ، ومثله : الرد ؛ ولعله مفهوم من طريق الأولىٰ .

وقال بعضهم : يؤخذ من هـٰذا التشبيه تقديم الرد إلى الحاكم ثم العدل على الإيصاء كما ذكره في السفر الذي شبهه به ، وليس كذلك ، بل الإيصاء كالرد إليهما ، **والحق** : أنه ليس في عبارته إشعار بذلك ، وإنما شبه الضمان عند السفر مع القدرة علىٰ من ذكره بالضمان عند الموت بلا إيصاء .

٣٣٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : « احفظ في هـٰذا الحرز » فنقله إلىٰ ما دونه . . ضمن**) لا يختص ذلك بتعيين الحرز ، بل لو استحفظه الوديعة وهو في دار فنقلها إلىٰ ما دونها في الحرز . . ضمن وإن لم يقل : (احفظها في هـٰذه الدار) ولذلك أطلق « المنهاج » و« الحاوي » أنه إذا نقل إلىٰ حرز دون التي كانت فيه . . ضمن[4] ، وهـٰذا الذي ذكرته هو الذي يدل عليه كلام « الروضة » وأصلها في السبب الرابع : نقل الوديعة والسبب السابع : المخالفة في الحفظ ، لكنه قال في السبب الثامن : لو جعلها في أحرز من حرز مثلها ثم نقلها إلىٰ حرز مثلها . . فلا ضمان[5] .

وهـٰذا بظاهره يخالف ما تقدم ، إلا أن يقال : صورة ما تقدم أن يكون الجميع حرزاً لمثله إلا أن بعضها أحرز من بعض ، وهـٰذا الكلام الأخير فيما لا يحرز مثله في مثله أصلاً ، فلو نقل من بيت إلىٰ بيت في دار واحدة أو خان واحد . . فلا ضمان ، وإن كان الأول أحرز منهما . . كان الثاني حرزاً له أيضاً ، قاله البغوي[6] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٦١) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/٣٩٨ ، ٣٩٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/٢٩٨) ، و« الروضة » (٦/٣٣٠) .
(٤) الحاوي (ص ٤٣٨) ، المنهاج (ص ٣٦١) .
(٥) فتح العزيز (٧/٣١٠) ، الروضة (٦/٣٣٩) .
(٦) انظر « التهذيب » (٥/١١٩) .

ومحله : عند الإطلاق ، فلو عين له بيتاً من دار فنقله إلىٰ بيت آخر من تلك الدار دونه في الحرز . . ضمن ، ولا ترد صورة الإطلاق على « المنهاج » لتعبيره بالمحلة والدار ، ويرد على « الحاوي » لتعبيره بالحرز[1] .

٣٣٣٨ـ وقول « المنهاج » [ص ٣٦١] : (**وإلا . . فلا**) أي : وإن لم يكن دونها في الحرز . . فلا ضمان ، يرد عليه مسألتان :

إحداهما : إذا نهاه عن النقل . . فإنه يضمن ولو نقل إلىٰ أحرز ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ١١١] : (**وإن نهاه عن النقل عنه فنقله إلىٰ مثله . . ضمن ، وقيل : لا يضمن**) وفيه أمور :

أحدها : أنه يفهم منه أنه لو نقله إلىٰ أحرز منه . . لم يضمن ، وليس كذلك .

ثانيها : أن محل الضمان : إذا لم تدع للنقل ضرورة ، فإن دعت ضرورة إليه . . فلا ضمان به ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٣٨] : (**أو نقل بنهيٍ ، لا لضرورةِ غارةٍ وحريقٍ**) فأطلق النقل واستثنى الضرورة ، وقد ذكر « التنبيه » الضرورة بعده فقال [ص ١١١] : (**وإن خاف عليه الهلاك في الحرز فنقل . . لم يضمن**) وسواء نقل في هـٰذه الصورة إلىٰ مثل الحرز الأول أو أحرز منه ، فإن نقل إلىٰ ما دونه . . جاز إن لم يجد غيره ، ولو ترك النقل عند الضرورة . . ضمن في الأصح ؛ لأن الظاهر أنه أراد بالنهي : تحصيل الاحتياط .

ثالثها : أن محل الخلاف : ما إذا كان البيت للمودع ، فإن كان لمالك الوديعة ملكاً أو إجارة أو إعارة . . ضمن قطعاً إذا لم يخف الهلاك .

المسألة الثانية : إذا تلفت بسبب النقل ؛ كانهدام البيت المنقول إليه . . ضمن ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٣٨] : (**أو هلك به**) قال الرافعي : والسرقة من المنقول إليه كالانهدام ، قاله البغوي والمتولي ، وفي كلام الغزالي ما يقتضي إلحاق السرقة والغصب بالموت ، وكذا صرح به بعضهم[2] .

٣٣٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**إن قال : « لا تنقل وإن خفت عليه الهلاك » فخاف فنقل . . لم يضمن**) قد يقتضي أنه إذا لم ينقل . . يضمن ، وليس كذلك ، فلا ضمان عليه بترك النقل في هـٰذه الصورة .

٣٣٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٣٩] : (**فلو أودعه دابة فترك علفها . . ضمن**) المراد : ترك علفها مدة تموت في مثلها ، فإن ماتت أو نقصت . . ضمن ، وإلا . . دخلت في ضمانه ، فإن ماتت قبل تلك المدة لجوع سابق . . ضمن إن علمه ، وإلا . . فلا في

---

(١) الحاوي (ص ٤٣٨) .

(٢) فتح العزيز (٧/ ٣١٠) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ١١٩) .

الأصح ، والسقي كالعلف ، وقول « التنبيه » [ص ١١١] : (**فلم يعلفها حتىٰ ماتت**) ظاهر في أن موتها بسبب ترك العلف ، ولا بد من تقييده بأن يموت مثلها في مثل تلك المدة أو مع ضميمة مدة قبل ذلك ، وقد علم بها كما سبق ، ولا يتوقف الحال علىٰ موتها ، فمتىٰ ترك علفها المدة المذكورة . . دخلت في ضمانه مطلقاً .

٣٣٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦١] : (**فإن فُقِدَا . . فالحاكم**) أي : ليؤجرها ويصرف الأجرة في علفها ، فإن عجز . . اقترض على المالك إذ لم يكن له مال أو باع جزءاً منها أو جميعها إن رأىٰ ذلك ؛ لئلاً تستغرقها النفقة والقدر الذي يعلف على المالك ما يصونها عن التلف والعيب لا ما يحصل السمن ، قاله الإمام ، فلو كانت سمينة . . فهل يراعىٰ علف يحفظه أو صونها فقط ؟ فيه احتمال ، قال : ولعل **الأوجه** : أنها إن كانت في غاية السمن . . فلا يشترط صونه ، أو مقتصداً . . فتردد ، والاحتمال يتطرق إلى الجميع[١] .

٣٣٤٢ـ قوله : (**ولو بعثها مع من يسقيها . . لم يضمن في الأصح**)[٢] محل الخلاف : إذا كان المبعوث معه أميناً ولا خوف ، والمودع لا يخرج دوابه للسقي وعادته سقي دوابه بنفسه ، فمع غير الأمين والخوف . . يضمن قطعاً ، ومع إخراج دوابه للسقي أو كونه لا يسقي دوابه بنفسه . . لا ضمان قطعاً .

٣٣٤٣ـ قوله : (**وعلى المودع تعريض ثياب الصوف للريح**)[٣] قد يقال : إن قول « الحاوي » [ص ٤٣٩] : (**والتعريض للريح**) أعم منه ؛ فإن ذلك يجب في الخز أيضاً ، وهو مركب من حرير وصوف ، وفي « البسيط » : والأكيسة واللبد ، وهي وإن كانت صوفاً لكن لا يقال لها في العرف : ثياب صوف ، ويستثنىٰ من كلامهما مسألتان :

إحداهما : إذا نهاه المالك عن ذلك . . فلا ضمان عليه .

الثانية : إذا لم يعلم بها ؛ بأن كانت في صندوق مقفل وله عند العلم بها فتح القفل ليخرجها لذلك . . فلا ضمان **في الأصح** .

٣٣٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : « لا ترقد عليها » فخالفه في ذلك . . لم يضمن**) يستثنىٰ منه مسألتان :

إحداهما : إذا تلفت بسبب الرقاد عليها .

الثانية : إذا سرقت من جانبها وكان في الصحراء **على المشهور** ، فإن سرقت من أعلاها . . فلا

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٤١٣ ، ٤١٤) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٦١) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٦١) .

ضمان ، وإن كانت في حرز في البنيان . . فلا ضمان مطلقاً ، وقال الرافعي فيما إذا سرقت من جانبها في الصحراء : إنما يظهر الضمان إذا أخذت من جانب لو لم يرقد فوقه لرقد هناك ؛ بأن كان يرقد قدام الصندوق ، فتركه ، فانتهز السارق الفرصة ، أو أمره بالرقاد قدامه ، فرقد فوقه ، فسرق من قدامه ، وقد تعرض لهـٰذا القيد متعرضون . انتهىٰ[1] .

وقد ذكر « المنهاج » الأولىٰ فقال [ص ٣٦٢] : (**فرقد وانكسر بثقله وتلف ما فيه . . ضمن وإن تلف بغيره . . فلا على الصحيح**) وترد عليه الثانية ، وذكرهما « الحاوي » فقال [ص ٤٣٩] : (**أو خالف فتلف به ؛ كأن رقد عليه بنهيه وسُرق في الصحراء من جنبٍ يرقد هناك**) .

٣٣٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : « اربطها في كمك » فأمسكها في يده . . ففيه قولان ، أحدهما : يضمن ، والثاني : لا يضمن**) قال في « المنهاج » [ص ٣٦٢] : (**فالمذهب : أنها إن ضاعت بنوم ونسيان . . ضمن ، أو بأخذ غاصب . . فلا**) وهـٰذه طريقة المراوزة نزلت النصين علىٰ حالين ، ولفظ النص في « عيون المسائل » مصرح به ، ولو قال : (أو نسيان) كما في « المحرر » . . لكان أحسن[2] .

وكلامه يقتضي أن الغصب ضياع أيضاً ، لكن عبارة « الحاوي » [ص ٤٣٩] : (**وضاع ، لا إن غصب**) ومقتضاها : أن الغصب ليس ضياعاً ، وهو أقرب ، والضياع قد يكون بنوم وقد يكون بنسيان ، وصورة المسألة : إذا لم ينهه عن الحفظ في اليد ، فإن نهاه . . خرجه الإمام على النقل عند النهي إلىٰ أحرز .

٣٣٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٢] : (**ولو جعلها في جيبه بدلاً عن الربط في الكم . . لم يضمن**) قد يقال : إنه أحسن من قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : « احفظها في كمك » فجعلها في جيبه . . لم يضمن**) لإيهامه أن المراد : الحفظ في الكم بدون ربط ، وقد يقال : عبارة « التنبيه » أحسن ؛ لأنها تشمل الحفظ بربط وغيره ، وفي الصورتين الجعل في الجيب أحرز ، بخلاف « المنهاج » فإن فيه مسألة الربط فقط ، لكن الأخرىٰ تفهم من طريق الأولىٰ .

ويستثنىٰ من عدم الضمان : ما إذا كان الجيب واسعاً غير مزرور ، ونازع شيخنا الإمام البلقيني فيما ذكروه من عدم الضمان ، وقال : الجيب وإن ضاق ليس أحرز من الربط في الكم ؛ لأن الجيب قد تتسرب الفضة منه بتقلب في نوم ونحوه ، وقد تؤخذ ، وهل المراد بالجيب : فتحة القميص كما ذكره الجوهري وغيره من أهل اللغة ، ويوافقه كلام أصحابنا في ستر العورة في الصلاة ، وهو معتاد عند المغاربة ، أو الجيب المتعارف ببلادنا ؟ لم أر به تصريحاً .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٠٧ ، ٣٠٨) .

(٢) المحرر (ص ٢٨٠) .

ومفهوم كلامهما : أنه لو امتثل فربطها في كمه . . لم يضمن ، وفيه تفصيل ، وهو أنه إن جعل الخيط الرابط خارجاً فضاعت بأخذ الطرار[1] . . ضمن ، أو بالاسترسال . . فلا ضمان ، وإن جعله داخلاً . . انعكس الحكم ، فإن ضاعت بأخذ الطرار . . لم يضمن ، أو بالاسترسال . . ضمن ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٣٩] : (**أو ربط خارجاً فأخذ الطرار ، أو داخلاً فضاع ، لا بالعكس**) .

واستشكله الرافعي : بأن المأمور به مطلق الربط وقد أتىٰ به ؛ ولأنه لو قال : (**احفظ في هٰذا البيت**) فوضعها في زاوية منه فانهدمت على الوديعة . . ينبغي أن يضمن ؛ لأنها لو كانت في زاوية غيرها . . لسلمت ، ومن المعلوم أن تضمينه بعيد[2] .

وفرق ابن الرفعة : بأن جهات الربط مختلفة وجهات البيت مستوية ، فإن فرض اختلافها في البناء أو القرب من الشارع ونحوه . . فقد نقول : يختلف الحكم ، ثم قال : **والحق** : أن استشكال الرافعي علىٰ وجهه ؛ لأن الربط في الكم حرز كيف كان ، ولا يجب الحفظ في الأحرز ، قال الشافعي : ولو وضع الوديعة في حرز وغيره أحرز منه وهلكت . . لم يضمن . انتهىٰ[3] .

وقد فرق بين الربط والحفظ في البيت بفرقين :

أحدهما : أن الربط من فعله وهو حرز من وجه دون وجه ، وقوله : (اربط) مطلق لا عام ، والبيت عام ، فإذا جاء التلف في الربط بالسبب الذي اختاره وفعله ولا عموم في كلام المالك يشمله . . ضمن ، بخلاف زوايا البيت .

الثاني : أن الربط ليس كافياً علىٰ أي وجه فرض ، بل لا بد من تضمنه الحفظ ؛ ولهٰذا لو ربط ربطاً غير محكم . . ضمن وإن كان لفظ الربط يشمل المحكم وغيره ، ولفظ البيت متناول لكل من زواياه ، والعرف لا يخصص موضعاً من البيت .

٣٣٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : « احفظها في جيبك » فجعلها في كمه . . ضمن**) قد يفهم أن المراد : جعلها في كمه بغير ربط ؛ ويدل لذلك التعليل بأنه قد يرسل الكم فتسقط ، وتعبير « المنهاج » بقوله [ص ٣٦٢] : (**وبالعكس . . يضمن**) يقتضي أن صورة المسألة : أنه ربطها في كمه ؛ لأن المسألة التي هٰذه عكسها صورتها : أن يقول : (**اربطها في كمك**) **فيجعلها في جيبه** .

٣٣٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٢] : (**ولو أعطاه دراهم بالسوق ولم يبين كيفية الحفظ فربطها في كمه وأمسكها بيده**) مفهومه أنه لو اقتصر على الربط من غير إمساك . . ضمن ، **وقياس** ما سبق : النظر إلىٰ كيفية الربط وجهة التلف .

---

(١) **الطرّار** : هو الذي يقطع النفقات ويأخذها علىٰ غفلة من أهلها . انظر « المصباح المنير » (٢/ ٣٧٠) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٠٩) .

(٣) انظر « الأم » (٤/ ١٣٧) .

٣٣٤٩ـ قوله : (**أو جعلها في جيبه**)[١] أي : بشرط : ألاَّ يكون واسعاً غير مزرور كما تقدم .

٣٣٥٠ـ قوله : (**وإن قال : « احفظها في البيت » . . فليمض إليه ويحرزها فيه**)[٢] صورة المسألة : أن يكون قد أعطاه في السوق ، أما لو أعطاه في البيت وقال : (احفظها في البيت) فربطها في كمه وخرج أو لم يخرج مع إمكان الصندوق . . ضمن .

قال في « المعتمد » : ولو شدها في عضده وخرج . . لم يضمن إن كان مما يلي الأضلاع ، وإلا . . ضمن ، ولو أودعه في البيت ولم يقل شيئاً . . فمقتضىٰ كلامهم : جواز الخروج به مربوطاً ، قال الرافعي : ويشبه أن يرجع فيه إلى العادة[٣] .

٣٣٥١ـ قوله في المسألة : (**فإن أخر بلا عذر . . ضمن**)[٤] قال السبكي : ينبغي أن يرجع فيه إلى العرف ، وهو مختلف باختلاف نفاسة الوديعة وطول التأخير وضدهما .

٣٣٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٢] و« الحاوي » [ص ٤٤٠] : (**أو يدل عليها سارقاً**) شرطه : أن يعين له موضعها وتضيع بالسرقة ؛ ففي « أصل الروضة » : لو أعلم المودع اللصوص بالوديعة فسرقوها ؛ إن عين الموضع . . ضمن ، وإلا . . فلا ، كذا فصله البغوي ، وفيها أيضاً : أودعه وقال : (لا تخبر بها) فخالف ؛ فسرقها الذي أخبره أو من أخبر من أخبره . . ضمن ، ولو تلفت بسبب آخر . . لم يضمن ، وقال العبادي : لو سأله رجل هل عندك لفلان وديعة ؟ فأخبره . . ضمن ؛ لأن كتمها من حفظها[٥] .

٣٣٥٣ـ قولهما أيضاً ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فلو أكرهه ظالم حتىٰ سلمها إليه . . فللمالك تضمينه في الأصح ، ثم يرجع على الظالم**)[٦] استثنى السبكي من تضمينه : ما إذا دل متغلب علىٰ من عنده وديعة فأكرهه علىٰ تسليمها فسلمها ؛ لأنه والحالة هـٰذه كمن لا فعل له ، ولو لم يسلم . . أخذها الظالم ؛ لأنه هو وهي في قبضته .

قال في « التوشيح » : قد يقال : هـٰذا نفس مسألة « المنهاج » لا استثناء منها ، والشيخ صرح بأنها مستثناة ، قال : والذي ظهر لي أن هـٰذه الصورة المستثناة مفروضة فيما إذا كان الظالم يتسلم بنفسه لو لم يسلمه المودع مكرهاً ، ومسألة « المنهاج » في أعم من أن يكون بحيث يتسلم لو لم يسلمه أو يكف عن التسليم إلا أن يسلمه ، وقد يقال : إنها مخصوصة بمن يكف عن التسليم لو لم

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٢) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣١٠) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٢) .
(٥) الروضة (٦/ ٣٤١ ، ٣٤٢) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ١٢٦) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٤٤٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٢) .

يسلم ؛ ولذلك احتاج إلى الإكراه ، **والأظهر** : التعميم ، وأن المكره قد يكره على التسليم وقد يتسلم بنفسه .

٣٣٥٤ـ قولهما أيضاً : (**ومنها : أن ينتفع بها**)[١] زاد « المنهاج » : (**بأن يلبس أو يركب خيانة**) وهو مثال ؛ فكل انتفاع كذلك وإن لم يضر بالمالك ، حتى القراءة في الكتاب كما صرح به البغوي في « فتاويه » ، وأشار « الحاوي » لما احترز عنه « المنهاج » بقوله [ص ٣٦٢] : (**خيانة**) بقوله : (**أو ركب الجموح**)[٢] .

٣٣٥٥ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن استعملها أو أخرجها من الحرز لينتفع بها . . ضمن**) قد يفهم التسوية بينهما من كل وجه ، وليس كذلك ، فلو استعملها ظاناً أنها ملكه . . لم يسقط هـٰذا الظن عنه الضمان ، بخلاف إخراجها من الحرز بهـٰذا الظن . . فإنه لا يضمن معه قاله الإمام ، ويرد ذلك علىٰ إطلاق « المنهاج » الضمان في أخذ الثوب ليلبسه[٣] .

٣٣٥٦ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو نوى الأخذ ولم يأخذ . . لم يضمن على الصحيح**)[٤] محله : ما إذا لم تقترن هـٰذه النية بابتداء الأخذ ، فلو اقترنت بابتداء الأخذ . . ضمن قطعاً .

٣٣٥٧ـ قولهما : (**ولو خلطها بماله ولم تتميز . . ضمن**)[٥] مفهومه : عدم الضمان عند التمييز ، ومحله : ما إذا لم يحدث بالخلط نقص ، فإن حدث به نقص . . ضمنه .

ومن صور خلطها بماله : ما إذا أنفق من الدراهم المودعة درهماً ثم رد مثله إلىٰ موضعه . . فلا يبرأ منه ، وهو باق علىٰ ملكه لم يملكه مالك الوديعة ، فإن لم يتميز . . ضمن الكل ، وإن تميز . . لم يضمن الباقي ، أما لو رده بعينه . . لم يبرأ من ضمانه ، ولا يصير الباقي مضموماً إن تميز ، وكذا إن لم يتميز **في الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٣٩] : (**أو خلط بدله ، لا عينه بالباقي**) ومحل ذلك : إذا لم يكن عليه ختم ، فإن كان عليه ختم ففكه . . ضمن الكل مطلقاً وإن لم يأخذ منه شيئاً ، ومفهوم « التنبيه » أنه إذا خلطها بمال المالك . . لا ضمان وليس كذلك ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٦٢] : (**ولو خلط دراهم كيسين للمودع . . ضمن في الأصح**) .

واعلم : أن هـٰذا مخالف لما ذكروه في (الغصب) : أن خلط الشيء بما لا يتميز استهلاك حتىٰ يملكه الغاصب ويلزمه مثله أو قيمته .

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٤٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٢) .
(٢) الحاوي (ص ٤٣٩) .
(٣) المنهاج (ص ٣٦٢) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١١١) ، و« الحاوي » (ص ٤٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١١١) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٢) .

٣٣٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن طالبه بها فمنعها من غير عذر . . ضمن**) أي : بعدم التمكين منها ؛ فإنه الواجب على المودع ، وليس عليه مؤنة الرد ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٦٣] : (**لزمه الرد ؛ بأن يخلي بينه وبينها**) و« الحاوي » [ص ٤٤٠] : (**فأخر التخلية لا لإتمام غرض**) .

وتعبير « المنهاج » و« الحاوي » بالتأخير أحسن من تعبير « التنبيه » بالمنع ؛ لأنه قد يفهم توقف الضمان على المنع المطلق ، وليس كذلك ، فمجرد التأخير مضمن .

وتعبيرهما بالعذر أحسن من تعبير « الحاوي » بإتمام غرض ؛ فإنه قد لا يشمل مثل ما لو طالبه في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتأتىٰ فتح بابها في الوقت ، فهٰذا عذر وليس فيه إتمام غرض ، لكنه مفهوم من طريق الأولىٰ ، ومفهوم كلامهم : أنه لا ضمان بالتأخير مع العذر لو تلفت في تلك الحال ، وقد حكاه الرافعي عن المتولي ومقتضىٰ كلام البغوي[١] ، وقال النووي : إنه **الراجح** ، وبه صرح كثيرون ، ولفظ الغزالي في « الوسيط » يشعر بتفصيل ؛ وهو أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى الوديعة . . فلا ضمان ، وإن كان لعسر يلحقه أو غرض يفوته . . ضمن[٢] .

٣٣٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : هلكت الوديعة . . فالقول قوله**) أطلق ، وهو محمول علىٰ تفصيل ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٦٣] : (**وإن ادعىٰ تلفها ولم يذكر سبباً ، أو ذكر خفياً كسرقة . . صدق بيمينه ، وإن ذكر ظاهراً كحريق ؛ فإن عُرفَ الحريق وعمومه . . صُدق بلا يمين ، وإن عُرف دون عمومه . . صدق بيمينه ، وإن جُهل . . طُولب ببينة ، ثم يُحلَّف على التلف به**) وقد اعترض عليه بذلك شيخنا الإسنوي ، وقال في « التوشيح » : هو اعتراض ساقط ؛ لأن قوله مقبول فيها ، وإنما يحتاج إلى البينة علىٰ أصل السبب ، وقول الشيخ : إن قوله مقبول في الهلاك علىٰ إطلاقه ، وقد شرحه ابن الرفعة على الصواب ، فقال : سواء ادعاه بسبب ظاهر أو خفي .

نعم ؛ إن ادعىٰ سبباً ظاهراً كالحريق . . كلف إقامة البينة على السبب دون التلف .

وقال النشائي : إنما ذكر ابن الرفعة هٰذا مع وضوحه ؛ لالتباسه علىٰ بعض الطلبة فيما كلف فيه البينة ، وهو صريح في كلام الشيخ ؛ حيث قال في إخراجها والمسافرة بها لضرورة : فإن كان ذلك بسبب ظاهر ؛ كالحريق والنهب وما أشبههما . . لم يقبل إلا ببينة[٣] .

قلت : فاكتفى « التنبيه » بذكر ذلك في سبب الإخراج عن ذكره في سبب التلف ، وذلك يقتضي صحة إيراده في سبب التلف ، وإلا . . فكيف أورده في سبب الإخراج ، والله أعلم .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٣١٦/٧) .

(٢) الروضة (٣٤٤/٦) ، وانظر « الوسيط » (٥١٤/٤) .

(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٠٦) .

وعد المتولي الغصب من الأسباب الظاهرة ، وألحقه البغوي بالسرقة ، وهو الأقرب عند الرافعي[1] .

٣٣٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١١١] : (**وإن قال : أمرتني بالدفع إلىٰ زيد ، فقال زيد : لم يدفع إليّ . . فالقول قوله**) محله : ما إذا لم يكن زيد هو مالك الوديعة ، فلو كان مالكها وقد أودعها عند أمين وأذن له في إيداعها عند المودع . . فالقول قول الدافع ، صرح به الماوردي .

وهـٰذه داخلة في قول « المنهاج » [ص ٣٦٣] : (**وإن ادعىٰ ردها علىٰ من ائتمنه . . صدق بيمينه**) لأن زيداً في هـٰذه الصورة قد ائتمنه بإذنه للمودع في إيداعها عنده ، وليست كإيداع المودع عند سفرٍ أميناً ؛ لأن ذلك الأمين لم يأتمنه المالك .

٣٣٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١١٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٤٠] : (**وإن قال : ما أودعني . . فالقول قوله ، فإن قام المدعي ببينة بالإيداع ، فقال : قد أودعتني ولكنها هلكت وأقام بينة بأنها هلكت قبل الجحود . . سمعت**) قال الرافعي : قد حكينا في المرابحة إذا قال : اشتريت بمئة ثم قال : بمئة وخمسين . . أن الأصحاب فرقوا بين أن يذكر وجهاً محتملاً للغلط وبين ألاَّ يذكره ، ولم يتعرضوا لمثله هنا ، والتسوية بينهما متجهة[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليست التسوية بينهما متجهة ، والفرق : أن الذي قامت به البينة في صورة المرابحة معارض لما أخبر به من أقامها . . فاحتيج إلى التأويل ؛ ليجتمع هـٰذا مع ذاك ، وأما في الوديعة : فإنكارها غير ما قامت به البينة من تلفها ، فلم يحتج إلىٰ ذكر محتمل ، والوديعة أصلها ثابت بتوافقهما وقد قامت [البينة][3] علىٰ تلف العين قبل الجحود . . فتسمع **على الأصح** ، ولا ضمان حينئذ .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٣١٨/٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٣١٥/٧) .

(٣) ما بين معقوفين زيادة ضرورية للمعنىٰ .

كتاب قسم الفيء والغنيمة

٣٣٦٢ـ المشهور : تغايرهما ، وعليه مشى الثلاثة[١] ، وفي « أصل الروضة » عن المسعودي وطائفة : أن اسم كل منهما يقع على الآخر إذا أفرد بالذكر ، فإذا جمع بينهما . . افترقا ؛ كالفقير والمسكين ، وعن أبي حاتم القزويني وغيره : أن اسم الفيء يشمل المالين ، واسم الغنيمة خاص بما أخذ بقتال ، وفي لفظ الشافعي في « المختصر » ما يشعر به[٢] .

٣٣٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٤] : (**الفيء : مال حصل من كفار بلا قتال وإيجاف خيل وركاب**) فيه أمران :

أحدهما : أن التقييد بالمال في « التنبيه » أيضاً[٣] ، وهو مخرج للكلاب المنتفع بها والخمر المحترمة وما ينتفع به من النجاسات ، وعبر « الحاوي » بقوله [ص ٤٤٢] : (**ما حصل**) فتناولها ، وكذا عبر به « التنبيه » في الغنيمة[٤] ، وفي « أصل الروضة » فيما إذا وقع في الغنيمة كلب ينتفع به . . حكى الإمام عن العراقيين : أن للإمام أن يسلمه إلىٰ واحد من المسلمين ؛ لعلمه بحاجته إليه ، ولا يحسب عليه .

واعترض : بأن الكلب منتفع به ، فليكن حق اليد فيه لجميعهم كما لو مات وله كلب لا يستبد به بعض الورثة ، والموجود في كتب العراقيين : أنه إن أراده بعض الغانمين أو أهل الخمس ولم ينازعه غيره . . سلم إليه ، وإن تنازعوا ؛ فإن وجدنا كلاباً وأمكنت القسمة عدداً . . قسم ، وإلا . . أقرع بينهم ، وهـٰذا **هو المذهب** ، وقد سبق في (الوصية) أنه يعتبر قيمتها عند من يرىٰ لها قيمة وتعتبر منافعها ، فيمكن أن يقال به هنا . انتهىٰ[٥] .

وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٤٥] : (**والكلاب قسمت عدداً ، وإن لم يمكن . . أقرع**) ، وذكره « المنهاج » في (السير)[٦] ، وقال ابن الرفعة : إن ما حكاه الرافعي عن العراقيين لم يجده في شيء من كتبهم إلا في « الشامل » فإنه ذكره احتمالاً لنفسه .

واعترض قياس الرافعي الغنيمةَ على الوصية : بأن للإمام مدخلاً في الغنيمة بخلاف الوصية ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٤) .
(٢) الروضة (٦/٣٥٤) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ١٤٧) .
(٣) التنبيه (ص ٢٣٥) .
(٤) التنبيه (ص ٢٣٥) .
(٥) فتح العزيز (١١/٤٢٣ ، ٤٢٤) ، الروضة (١٠/٢٥٩) .
(٦) المنهاج (ص ٥٢٢) .

وذكر السبكي : أن ما حكاه الإمام عن العراقيين موجود في كتبهم ، قال : **وهو المختار** ، وبه وبغيره يتبن أنها داخلة في الغنيمة والفيء ، لكنها لا تقوم ولا تحسب علىٰ أخذها بمال ، وقال : أن فرق ابن الرفعة صحيح ولا يمنع أصل الإلحاق .

ثانيهما : أنه اعتبر في حصول اسم الفيء انتفاء القتال وإيجاف الخيل والركاب ، وهـٰذا يصدق بانتفاء المجموع وبانتفاء كل واحد على انفراده ، والثاني هو المراد ؛ فإن واحداً من هـٰذه الثلاثة كاف في حصول اسم الغنيمة ، فلا يكون فيئاً حتىٰ ينتفي الثلاثة ، فكان ينبغي أن يقول : (ولا إيجاف خيل ولا ركاب) ، وقال السبكي : اجتماع الخيل والإبل ليس بشرط ، بل أحدهما كاف في انتفاء حكم الفيء ؛ ولذلك قال تعالىٰ : ﴿ وَلَا رِكَابٍ ﴾ فدل علىٰ أنه لو كان أحدهما . . يغير الحكم ، فإذاً (الواو) في كلام المصنف بين الخيل والركاب بمعنىٰ (أو) ، ثم ذكر في (الواو) التي بين القتال وإيجاف ما حاصله : أنها محتملة لمعنىٰ (أو) ولمعنى (الواو) الجامعة .

قلت : إنما يظهر كون (الواو) بمعنىٰ (أو) في جانب الإثبات في حد الغنيمة ، وأما في جانب النفي في حد الفيء . . فالواو علىٰ بابها ، والمراد : انتفاء كل واحد على انفراده كما تقدم ، وفهم من قول « الحاوي » في الغنيمة [ص ٤٤٤] : (**ما حصل بإيجاف خيل**) أن قوله أولاً في الفيء [ص ٤٤٢] : (**ما حصل من الكفار**) أراد به : بلا إيجاف خيل ؛ لما استقرىء من عادته من حذف القيد أولاً اكتفاء بذكره ثانياً في ضده ، وقال في « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**كل مال أخذ من الكفار من غير قتال**) ولم يزد علىٰ ذلك .

وقال شيخنا ابن النقيب : هـٰذا هو الذي يظهر ، لكن ينبغي زيادة : (أن يكون علىٰ سبيل الغلبة) ليخرج ما يعطونه بطيب نفس ؛ كالهدية والبيع ونحوهما ، وحينئذ . . فالواو في « المنهاج » وغيره بمعنىٰ (أو) أي : ما حصل منهم عند انتفاء أحد الثلاثة الذي هو أعم من كل واحد واحد ، ويلزم من انتفاء الأعم انتفاء الأخص ؛ لأن الأعم جزء الأخص كما ينتفي الإنسان بانتفاء الحيوان[1] .

٣٣٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**كالمال الذي تركوه فزعاً من المسلمين**) أخص من قول « المنهاج » [ص ٣٦٤] : (**وما جلوا عنه خوفاً**) ويرد عليهما المال الذي جلوا عنه لضر أصابهم ، وإن لم يكن خوفاً . . فإنه فيء أيضاً بلا خلاف ، واختلفوا في تخميسه ، **والصحيح** : أنه يخمس .

٣٣٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**وفيها قولان ، أحدهما : أنها تخمس فيصرف خمسها إلىٰ أهل الخمس ، والثاني : لا يخمس إلا ما هربوا عنه فزعاً من المسلمين**) **الصحيح** : الأول ، وبه

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٢٠٠) .

جزم « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، وعلى القول الثاني يلتحق بما هربوا عنه فزعاً ما بذلوه للكف عن قتالهم ، وهو غير الجزية ؛ لأنهم وإن بذلوها للكف عن قتالهم . . فليس لخوف ناجز ، بل لإثبات عصمة دائمة .

٣٣٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**يصرف في المصالح ، وأهمها سد الثغور ، ثم الأهم فالأهم من أرزاق القضاة والمؤذنين وغير ذلك**) فيه زيادة على « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وهي تصريحه بأن أهم المصالح سد الثغور ، وفي « أصل الروضة » في المسائل المنثورة في أواخر الفيء عن الشافعي رضي الله عنه : أنه يرزق من مال الفيء الحكام . . . إلىٰ آخر كلامه ، ثم قال : والمراد بالحكام : الذين يحكمون بين أهل الفيء في مغزاهم . انتهىٰ[3] .

وذلك يقتضي أن المراد بالقضاة الذين يرزقون من مال الفيء : قضاة العسكر ، لا غيرهم من القضاة ، والله أعلم .

٣٣٦٧ـ قولهم : (**إن ذوي القربىٰ : بنو هاشم وبنو عبد المطلب**)[4] نازع فيه السبكي ، وقال : المراد بالقربىٰ : قربى النبي صلى الله عليه وسلم ، فأولاد بناته ؛ كأمامة بنت أبي العاص من بنته زينب وعبد الله بن عثمان من بنته رقية من ذوي القربىٰ بلا شك ، قال : ولم أرهم تعرضوا لذلك ، فينبغي أن يضبطه بالقرابة .

قلت : قد توفي المذكوران صغيرين ، ولم يكن لهما عقب ؛ فلا فائدة لذكرهما .

٣٣٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٤] : (**يشترك الغني والفقير**) وهو مفهوم من « التنبيه » و« الحاوي »[5] ، قال الإمام : إنما يعطى الغني عند سعة المال ، وإلا . . قدم الأحوج ، وتصير الحاجة مرجحة وإن لم تكن معتبرة[6] ، ولابن الرفعة بحث حاصله أنه يؤخر حتىٰ يجتمع أو يعطي لهم نصيب الأغنياء قرضاً .

٣٣٦٩ـ قول « التنبيه » في ذوي القربىٰ [ص ٢٣٥] : (**يدفع إلى القاصي منهم والداني ، وقيل : يدفع ما يحصل منه في كل إقليم إلىٰ من فيه منهم**) يقتضي اختصاص هـٰذا الخلاف بذوي القربىٰ ؛ فإنه لم يحكه في غيرهم ، وليس كذلك ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٦٤] : (**ويعم الأصناف الأربعة المتأخرة ، وقيل : يخص بالحاصل في كل ناحيةٍ مَنْ فيها**) .

---

(١) الحاوي (ص ٤٤٢) ، المنهاج (ص ٣٦٤) .

(٢) الحاوي (ص ٤٤٢) ، المنهاج (ص ٣٦٤ ، ٣٦٥) .

(٣) الروضة (٦/٣٦٦) ، وانظر « الأم » (٤/١٥٦) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٢) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٤) .

(٥) التنبيه (ص ٢٣٥) ، الحاوي (ص ٤٤٢) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (١١/٥١٢ ، ٥١٣) .

٣٣٧٠ـ قولهما : (**وسهم للمساكين**)[1] قد يتوهم اختصاصه به ، وليس كذلك ؛ فالفقراء يشاركونهم فيه ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٤٢] : (**وللفقير والمسكين**) .

٣٣٧١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**ولا يعطي الكافر منه شيئاً**) قال في « الكفاية » : إلا من سهم المصالح عند المصلحة .

٣٣٧٢ـ قوله : (**وفي أربعة أخماسه قولان ، أحدهما : أنها لأجناد الإسلام يقسم بينهم علىٰ قدر كفايتهم ، والثاني : أنها للمصالح وأهمها أجناد الإسلام**)[2] **الأظهر** : الأول كما صرح به « المنهاج » ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، والقولان متفقان على الصرف للمرتزقة ، وإنما الخلاف في الفاضل عنهم ، وفيه قول آخر : أن مصرفها مصرف الخمس فيقسم جميع الفيء على الخمسة المذكورين ، وهو ظاهر آية (الحشر) ، لكنه ضعيف عندهم ، والآية مؤولة ، ولم يبين « المنهاج » مقابل الأظهر ، والمراد : الأجناد المثبتون في الديوان بتعيين الإمام ، أما المتطوعة الذين يغزون إذا نشطوا . . فإنما يعطون من الزكاة ، ولو لم يفِ الفيء بالمرتزقة . . صرف الإمام لهم من الزكاة إن لم يكونوا أغنياء .

وقد يفهم من عبارة « التنبيه » إعطاء الجندي قدر كفايته وحده ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٦٤] : (**ويبحث عن حال كل واحد وعياله وما يكفيهم ، فيعطيه كفايتهم**) و« الحاوي » [ص ٤٤٣] : (**قدر حاجته وزوجاته وولده وعبد**) أي : ولا يعطي إلا لعبد واحد .

قال الرافعي : وهـٰذا في عبيد الخدمة ، فأما الذين تتعلق بهم مصلحة الجهاد . . فينبغي أن يُعطىٰ لهم كم كانوا[4] .

قال في « الروضة » : كذا هو منقول ، وإنما يقتصر في عبيد الخدمة علىٰ واحد إذا حصلت به الكفاية ، فأما من لا تحصل كفايته إلا بخدمة عبيد . . فيعطىٰ لمن يحتاج إليه ، ويختلف باختلاف الأشخاص[5] .

وظاهر كلام « التنبيه » أيضاً : أنه لا يصرف منه على الأول شيء لغير الأجناد ، لكن قال في « المنهاج » [ص ٣٦٥] : (**الأصح : أنه يجوز أن يصرف بعضه** ـ أي : بعض الفاضل عن حاجتهم ـ **في إصلاح الثغور والسلاح والكراع**) وكذا في « الحاوي »[6] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٤) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٦) .
(٣) الحاوي (ص ٤٤٢ ، ٤٤٣) ، المنهاج (ص ٣٦٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٣٧) .
(٥) الروضة (٦/ ٣٦٠) .
(٦) الحاوي (ص ٤٤٤) .

٣٣٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**ويبدأ فيه بالمهاجرين ، ويقدم الأقرب فالأقرب إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ويسوي بين بني هاشم وبني المطلب ، فإن استوىٰ بطنان في القرب . . قدم من فيه أصهار رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم بالأنصار ، ثم بسائر الناس**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : تقديم المهاجر ولو بَعُدَ نسبه علىٰ غيره ولو قرب نسبه ، قال في « الكفاية » : وهـٰذا لم أره لأحد ، فيتعين حَمْلهُ إما علىٰ أن يكون أراد بالمهاجرين : قريشاً ؛ لأن أكثر المهاجرين منهم ، وإما أن يكون فيه تقديم وتأخير ، وتقديره : يقدم الأقرب فالأقرب ويبدأ منهم بالمهاجرين ، لكن ذكر الرافعي وغيره أنا نقدم عند الاستواء في القرب بالسن ، فإن استووا في السن . . قدم أقدمهما هجرة وأفضلهما سابقة ، هـٰذا كلام « الكفاية »[1] .

ومشى « الحاوي » علىٰ ما قاله الرافعي فقال [ص ٤٤٣] : (**الأسن ، ثم الأسبق إسلاماً وهجرة**) لكن قال النووي : قد عكسه الماوردي فقال : يقدم بالسابقة في الإسلام ، فإن تقارنا فيه . . قدم بالدين ، فإن تقارنا فيه . . قدم بالسن ، فإن تقارنا فيه . . قدم بالشجاعة ، فإن تقارنا فيه . . فولي الأمر بالخيار بين أن يرتبهم بالقرعة أو برأيه واجتهاده ، قال النووي : وهـٰذا الذي قاله هو **المختار**[2] .

الأمر الثاني : أن مقتضاه : استواء العرب والعجم بعد الأنصار ، وليس كذلك ؛ فالعرب مقدمون ، وقد ذكر « المنهاج » الأمرين على الصواب فقال [ص ٣٦٤ ، ٣٦٥] : (**ويُقدَّم في إثبات الاسم والإعطاء قريشاً ـ وهو ولد النضر بن كنانة ـ ويُقدَّم منهم بني هاشم والمطلب ثم عبد شمس ثم نوفل ثم عبد العزىٰ ، ثم سائر البطون الأقرب فالأقرب إلىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم الأنصار ، ثم سائر العرب ، ثم العجم**) وفيه أمور :

أحدها : أن ما ذكره من أن قريشاً هم ولد النضر بن كنانة هو قول الشافعي والأكثرين[3] ، لكن اختار الحافظ شرف الدين الدمياطي وتبعه صاحبه السبكي أنهم ولد فهر بن مالك بن النضر ، قال السبكي : ولا يكاد يظهر تفاوت بين القولين .

ثانيها : ما ذكره من تقديم الأنصار علىٰ سائر العرب ، قال الرافعي : كذا رتبوه ، وظاهر لفظ الشافعي يوافقه ، وحمله السرخسي علىٰ من هم أبعد من الأنصار ، فأما من هم أقرب من الأنصار

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٤٠) .

(٢) الروضة (٦/ ٣٦٠) ، وانظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٤٦٨) .

(٣) في حاشية (أ) : (أي : كما ادعاه الأستاذ أبو منصور ، لكن البيهقي نسب إلىٰ أكثر أهل العلم أنهم ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة) . انظر « معرفة السنن والآثار » (٥/ ١٧٢) ، و« سنن البيهقي الكبرىٰ » (٦/ ٣٦٥) .

إلى النبي صلى الله عليه وسلم . . فيقدمون عليهم[١] ، ويوافقه كلام « الحاوي » فإنه اعتبر القرب من الرسول عليه الصلاة والسلام خاصة ثم قال : (ثم العرب) ، ولم يخص الأنصار بالذكر[٢] .

ثالثها : أن مقتضاه : استواء العجم ، وفي « المهذب » و« التهذيب » : أن التقديم فيهم بالسن والفضائل لا بالنسب[٣] ، قال الرافعي : وفيه كلامان :

أحدهما : أن العجم قد يعرف نسبهم ، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضاً .

الثاني : أنا قدمنا في صفة الأئمة عن الإمام : أن الظاهر : رعاية كل نسب يعتبر في الكفاءة في النكاح ، وسنذكر أن نسب العجم مرعي في الكفاءة علىٰ خلاف فيه ، فليكن كذلك هنا[٤] .

قال النووي : قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم ، فقال : إن كانوا عجماً لا يجتمعون علىٰ نسب جميعهم بالأجناس ؛ كالترك والهند وبالبلدان ، ثم إذا كانت لهم سابقة في الإسلام . . ترتبوا عليها ، وإلا . . فبالقرب من ولي الأمر ، فإن تساووا . . فبالسبق إلىٰ طاعته[٥] .

رابعها : أن هـٰذا الترتيب كله مستحب ، وقد صرح به « الحاوي »[٦] .

٣٣٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٥] : **(ولا يُثْبِتُ في الديوان أعمىٰ ولا زمناً ولا من لا يصلح للغزو)** ذكره بعدهما من ذكر العام بعد الخاص ، وفي « أصل الروضة » : أنه لا يثبت اسم من لا يصلح للغزو ؛ كالأعمىٰ والزمن ، فجعل عدم الصلاحية ضابطاً ، ومثله بالأعمىٰ والزمن ، قال : وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو ، زاد في « الروضة » : ترك من الشروط الإسلام ، وذكر الماوردي شرطاً آخر : وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة به ، قال : ولا يجوز إثبات الأقطع ، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارساً ، وإن كان راجلاً . . فلا ، ويجوز إثبات الأخرس والأصم[٧] .

٣٣٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : **(ومن خرج عن أن يكون من المقاتلة . . سقط حقه)** محمول على المأيوس منه ، ومع ذلك فالمراد : سقوط حقه من الكتابة في الديوان ، لا من الإعطاء ، وعبارة « المنهاج » [ص ٣٦٥] : **(ولو مرض بعضهم أو جن ورُجِيَ زواله . . أُعطي ، فإن لم يرج . . فالأظهر : أنه يُعطىٰ)** وعبارة « الحاوي » [ص ٤٤٣] : **(وبضعف وجنون أُيِسَا مَحَا)** .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٤٠) .
(٢) الحاوي (ص ٤٤٣) .
(٣) المهذب (٢/ ٢٤٩) ، التهذيب (٥/ ١٨٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٤٠) .
(٥) انظر « الروضة » (٦/ ٣٦٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٤٣) .
(٧) فتح العزيز (٧/ ٣٤٠) ، الروضة (٦/ ٣٦٢ـ ٣٦٣) ، وانظر « الأحكام السلطانية » (ص ٢٦٧) .

٣٣٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**ومن مات منهم . . دفع إلىٰ ورثته وزوجته الكفاية**) المراد : أولاده الذين تلزمه نفقتهم ، لا مطلق الورثة ؛ ويدل لذلك قوله بعده : (**فإن بلغ الصبي فاختار أن يفرض له . . فرض ، وإن لم يختر . . ترك**)[1] وعبارة « المنهاج » [ص ٣٦٥] : (**وكذا زوجته وأولاده إذا مات فتعطى الزوجة حتىٰ تنكح ، والأولاد حتىٰ يستقلوا**) وقد تفهم عبارتهما الاقتصار علىٰ زوجة واحدة ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » بعد ذكر إعطاء زوجاته وولده [ص ٤٤٣] : (**وإن مات إلىٰ أن تُنكح النساء ويستقل البنون**) واستنبط السبكي من هـٰذه المسألة أن الفقيه أو المعيد أو المدرس إذا مات . . تعطىٰ زوجته وأولاده مما كان يأخذ ما يقوم بهم ترغيباً في العلم كالترغيب هنا في الجهاد ، فإن فضل المال عن كفايتهم . . صرف الباقي لمن يقوم بالوظيفة ، قال : فإن قيل : في هـٰذا تعطيل لشرط الواقف إذا اشترط مدرساً بصفة . . فإنها غير موجودة في زوجته وأولاده .

قلنا : قد حصلت تلك الصفة مدة من أبيهم ، والصرف لهـٰؤلاء بطريق التبعية ، ومدتهم مغتفرة في جنب ما مضىٰ كزمن البطالة ، قال : وإنما يمتنع تقرير من ليس بأهل للجهاد في الديوان أو إثبات اسم الزوجة والأولاد .

قال شيخنا ابن النقيب : قد يفرق بينهما بأن العلم محبوب للنفوس لا يصد عنه شيء فيوكل الناس فيه إلىٰ ميلهم إليه ، والجهاد مكروه للنفوس فيحتاج الناس في إرصاد أنفسهم له إلى التأليف ، وإلا . . فمحبة الزوجة والولد قد تصد عنه[2] .

قلت : وفرق آخر ، وهو : أن الإعطاء من الأموال العامة ـ وهي أموال المصالح ـ أقوىٰ من الخاصة كالأوقاف ، فلا يلزم من التوسع في تلك التوسع في هـٰذه ؛ لأنه مال معين أخرجه شخص لتحصيل مصلحة نشر العلم في هـٰذا المحل المخصوص ، فكيف يصرف مع انتفاء الشرط ؟ ومقتضىٰ هـٰذا الفرق : الصرف لأولاد العالم من مال المصالح كفايتهم كما كان يصرف لأبيهم ، ومقتضى الفرق الأول : عدمه ، والله أعلم .

٣٣٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**وإن كان في مال الفيء أراض وقلنا : إنها للمصالح . . صارت وقفاً تصرف غلتها إليها ، وإن قلنا : إنها للمقاتلة . . قسمت بينهم ، وقيل : تصير وقفاً وتقسم غلتها بينهم**) قد عرفت أن الأصح : أن خمسها لأهل الخمس وأربعة أخماسها للمقاتلة ، والأصح في حصة المقاتلة : أن الإمام مخير بين وقفها وقسمة ريعها بينهم وبيعها وقسمة ثمنها وقسمتها هي ، وأما حصة الخمس . . فسهم المصالح لا سبيل إلىٰ قسمته ، بل يوقف وتصرف غلته في المصالح ، أو يباع ويصرف ثمنه إليها ، والوقف أولىٰ ، والأسهم الباقية كالأخماس الأربعة ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٦) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٢١٥) .

وعبارة « المنهاج » [ص ٣٦٥] : (**فأما عقاره . . فالمذهب : أنه يجعل وقفاً ، وتقسم غلته كذلك**) ويرد عليه : أنه لا يتعين جعله وقفاً كما تقدم ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٤٢] : (**وغلة عقارهم بعد أن وقف**) فإنه لم يذكر أنه يتعين وقفه ، وإنما ذكر حكمه بتقدير وقفه .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما صححه الرافعي والنووي في مسألة الأراضي لم يصححه أحد من الأصحاب ، والذي عليه الأئمة كما في « النهاية » : أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك ، وأن الأراضي تبقىٰ موقوفة ، وفي وجه : لا بد من وقفها ، وجعله الماوردي خطأً ، وتبع في ذلك الشيخ أبا حامد ؛ فإنه قال : إنه ليس بشيء[1] .

فصل

[في الغنيمة والسلَب]

٣٣٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**الغنيمة : ما أخذ من الكفار بالقتال وإيجاف الخيل والركاب**) فيه أمور :

أحدها : تقدم في الكلام على الفيء أن تعبيره هنا وتعبير « الحاوي » بـ (ما)[2] أعم من تعبير « المنهاج » بـ (مال)[3] .

ثانيها : أنه لا يشترط اجتماع إيجاف الخيل والركاب ؛ فأحدهما كاف ؛ ولذلك عبر « المنهاج » بقوله [ص ٣٦٥] : (**وإيجاف**) و« الحاوي » بقوله [ص ٤٤٤] : (**بإيجاف خيل**) وكأنه تمثيل ، فإيجاف الركاب ـ وهي الإبل ـ كذلك ، والظاهر : أن الواو في كلام « التنبيه » بمعنىٰ أو .

ثالثها : أنه لا يشترط إيجاف الخيل ولا الركاب ؛ فالمأخوذ بقتال المشاة وفي السفن غنيمة ولا إيجاف فيه ، وذلك يرد على « المنهاج » أيضاً ؛ ولعل الواو في كلامهما بمعنىٰ أو ، وقال السبكي : إنه خارج مخرج الغالب ، ويقصد به التبرك بلفظ الكتاب العزيز ، والمعنىٰ علىٰ سبيل القهر والغلبة . انتهىٰ .

والإيراد على « الحاوي » أشد ؛ لاقتصاره علىٰ قوله [ص ٤٤٤] : (**ما حصل بإيجاف خيل**) وعبر « المنهاج » في (السير) بقوله [ص ٥٢٢] : (**المال المأخوذ من أهل الحرب قهراً**) وهي عبارة شاملة .

رابعها : أنه لا يشترط القتال ، فلو التقى الصفان فانهزم الكفار قبل شهر السلاح وتركوا مالهم . .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٥٢٨) ، و« فتح العزيز » (٧/ ٣٤٣) ، و« الروضة » (١٠/ ٢٧٥) .

(٢) الحاوي (ص ٤٤٤) .

(٣) المنهاج (ص ٣٦٥) .

فهو غنيمة كما قال الإمام[1] ، ولا قتال ، وقال الروياني في « الحلية » : لو صالحونا علىٰ مال عند القتال . . فهو غنيمة ، وأقره الرافعي والنووي[2] ، ولكن تعقبه شيخنا الإمام البلقيني : بأن بلاد الصلح المفتوحة صلحاً عند القتال لا تكون غنيمة ، فكذلك المال المصالح عليه عند القتال . انتهىٰ .

ولو دخل واحد أو طائفة دار الحرب وأخذوا مالاً اختلاساً أو سرقة . . **فالأصح** : أنه غنيمة ولا قتال ، وقد اعتبر « المنهاج » أيضاً القتال ، ولم يذكره « الحاوي » كما تقدم .

خامسها : المراد : الحاصل للمسلمين ، فأما الحاصل لأهل الذمة من أهل الحرب بقتال . . **فالنص** : أنه ليس غنيمة ، ولا يخمس ، ولا ينتزع منهم ، وقيل : يرضخ لهم منه ويؤخذ الباقي ، والمراد بالكفار : أهل الحرب بقرينة القتال .

سادسها : لو تركوا مالاً بسبب حصول خيلنا أو ركابنا في دارهم وضرب معسكرنا فيها . . فإنه ليس غنيمة **على الأصح** عند الإمام مع وجود الإيجاف[3] ، وهـٰذا والذي قبله ينبه عليهما في لفظ « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً[4] .

سابعها : لا بد من تقييده أيضاً بألاَّ يكون لمسلم ولا ذمي ، فلو أخذ المسلمون من الكفار ما كانوا أخذوه من مسلم أو ذمي استيلاء أو وديعة أو عارية . . لم يملكه المسلمون ؛ ولذلك قال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي أن يقال : إنها المال أو المختص الذي يأخذه المسلمون من الكفار الحربيين بإيجاف الخيل والركاب ، أو بالرجالة أو بالسرقة غير مملوك لمسلم ولا ذمي ، وأطلق « المنهاج » أن السلب للقاتل[5] ، وقيده « التنبيه » بأن يكون له سهم ثم قال : (**وإن كان لا سهم له وله رضخ** . . **فقد قيل** : **يستحق وقيل** : **لا يستحق**)[6] **والأصح** : التفصيل ، فيستحق العبدُ والمرأة والصبي ، ولا يستحق الذمي ؛ ولذلك قيده « الحاوي » بالإسلام[7] ، فلو كان المقتول صبياً أو امرأة . . نظر : إن لم يقاتل . . فلا سلب لقاتله ؛ للنهي عن قتله ، وإن قاتل . . استحق **في الأصح** ، وقد ذكره « التنبيه »[8] ، وألحق البغوي العبد بالمرأة[9] ، وقال الإمام : يستحق سلبه قطعاً[10] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١١/٤٤٦) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٢٨) ، و« لروضة » (٦/٣٥٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١١/٤٤٦) .
(٤) الحاوي (ص ٤٤٤) ، المنهاج (ص ٣٦٥) .
(٥) المنهاج (ص ٣٦٥) .
(٦) التنبيه (ص ٢٣٣) .
(٧) الحاوي (ص ٤٤٤) .
(٨) التنبيه (ص ٢٣٥) .
(٩) انظر « التهذيب » (٥/١٤٠) .
(١٠) انظر « نهاية المطلب » (١١/٤٦٠) .

وأورد في « الكفاية » علىٰ تعبير « التنبيه » بالتغرير بنفسه[1] : أن مقتضاه : أنه لو أغرا عليه كلباً عقوراً فقتله . . لا يستحق سلبه ، وقال القاضي حسين : يستحق ؛ لمخاطرته بمقاتلته حتىٰ عقره الكلب .

وقال النشائي : كلام الشيخ إلىٰ هـٰذا أميل ؛ لأنه يصدق عليه أنه غرر بنفسه في القتال بذلك . انتهىٰ[2] .

وعبارة « المنهاج » [ص ٣٦٦] : (**بركوب غرر**) ولم يعبر « الحاوي » بالتغرير .

٣٣٧٩ـ قول « الحاوي » في السلب [ص ٤٤٤] : (**وجنيبةٍ أمامه**)[3] يقتضي أنها لو كانت خلفه . . لم تكن من السلب ، وليس كذلك ، وكأنه اغتر بقول الرافعي : والجنيبة التي تقاد بين يديه[4] ، وإنما ذكر الرافعي ذلك تمييزاً لها عن الحقيبة ـ بالحاء والقاف ـ وهي : وعاء القماش ، ومشىٰ على العرف عند العرب في قودها بين يدي صاحبها بخلاف العجم ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٦٥] : (**وجنيبةٌ تقاد معه في الأظهر**) فلم يقيده بقودها أمامه ، واحترز بقودها معه عما أُعدّ لأن يجنب ، وقد تخرج الجنيبة بقول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وفرسه**) ، قال أبو الفرج الزاز : ولا يستحق إلا جنيبة واحدة ، قال الرافعي : فعلىٰ هـٰذا : إذا قاد جنايب . . يبقى النظر في أنه هل يرجع إلىٰ تعيين الإمام في أيها السلب أو يقرع[5] ؟

قال النووي : تخصيص أبي الفرج بجنيبة فيه نظر ، وإذا قيل به . . فينبغي أن يختار القاتل جنيبة منها ؛ لأن كل واحدة جنيبة قتيله ، **فهـٰذا هو المختار** ، **بل الصواب** ، بخلاف ما أبداه الرافعي . انتهىٰ[6] .

وجزم الإمام بواحدة أيضاً ، وأبدىٰ تعيين الإمام والإقراع وتخيير القاتل احتمالات ثلاثة ، ورجح الأول[7] ، وقال في « المهمات » : والذي اختاره النووي واضح متعين ؛ لأن الزيادة إن لم تنفعه . . لم تضره .

٣٣٨٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٤٤] : (**لا حقيبةٌ مشدودةٌ على الفرس على المذهب**) اختار السبكي : دخولها ودخول ما فيها ، وهو ظاهر قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**ما تثبت يده عليه في حال القتال من ثيابه وحليه ونفقته**) .

---

(١) التنبيه (ص ٢٣٣) .

(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٧٩) .

(٣) **الجنيبة** : الفرس تقاد ولا تركب .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٦٢) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٦٢) .

(٦) انظر « الروضة » (٦/ ٣٧٥) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٤٥٧ ، ٤٥٨) .

٣٣٨١ـ قولهم في أمثلة فقد التغرير : (**رَمَاه من الصف**)[١] مخالف لقول « المحرر » تبعاً للغزالي : (**من وراء الصف**)[٢] وكذا كتبها النووي بخطه في « المنهاج » ، ثم ضرب بخطه علىٰ لفظة (وراء) ، والصورتان في « الروضة » و« الشرحين »[٣] ، فأتى « المنهاج » بما ليس في أصله ؛ لفهم ما في أصله من طريق الأولىٰ ، وهو من مفهوم الموافقة ، وهو من دلالة اللفظ عند بعضهم .

قال السبكي : وهو حسن لمن لا يلتزم في الاختصار معنى الأصل ، وإلا . . لم يحسن ، وقد يقال : التقييد بوراء الصف يفهم أن الرامي من الصف يستحق ، وأبداه ابن الرفعة احتمالاً .

٣٣٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وإن قتله وقد ترك القتال وانهزم . . لم يستحق سلبه**) قد يتناول ما لو قاتل كافراً فهرب منه فقتله المسلم مدبراً ، **والأصح** : أنه يستحق سلبه ، ويرد ذلك أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٤٤] : (**مقبل**) ولم يعتبر « المنهاج » إقباله على القتال ، وإنما اعتبر أن يكون ذلك في حال الحرب ، ثم ذكر ما احترز عنه بقوله : (**أو قتله وقد انهزم الكفار**)[٤] فلم يعتبر انهزامه هو ، وقال الرافعي في قول الغزالي : (**مقبل على القتال**) : ليس المراد : اشتغاله بالقتال حين قتله ؛ لأنهما لو تقاتلا زماناً ثم هرب فقتله في إدباره . . قال الأصحاب : استحق ، ولو قصد كافر مسلماً فجاء مسلم آخر من ورائه فقتله . . استحق ، بل المرعي ما قاله العراقيون : أن يقتله مقبلاً أو مدبراً والحرب قائمة ، ولو قتله آخر بعد ما ولىٰ من قرنه . . قال الإمام : فالظاهر عدم استحقاقهما[٥] .

٣٣٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٣] : (**وإن قطع أحدهما إحدىٰ يديه وإحدىٰ رجليه وقتله الآخر . . ففيه قولان ، أحدهما : أن السلب للأول ، والثاني : أنه للثاني**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٤٤] : (**كقطع طرفيه**) وهو نظير تصحيح « المنهاج » فيما لو قطع يديه أو رجليه . . **أن السلب له**[٦] .

وقال في « التوشيح » إن قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**وأول ما يبدأ به سلب المقتول ، فيدفع إلى القاتل**) ظاهر في أن غير القاتل لا يستحق ولو فقأ العينين أو قطع اليدين والرجلين ، وهو اختيار

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٦) .

(٢) المحرر (ص ٢٨٣) ، وانظر « الوسيط » (٥٣٧/٤) .

(٣) فتح العزيز (٣٥٧/٧ ، ٣٥٨) ، الروضة (٣٧٢/٦) .

(٤) المنهاج (ص ٣٦٦) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (٤٥١/١١) ، و« الوجيز » (٤٦٩/١) ، و« الوسيط » (٥٣٩/٤) ، و« فتح العزيز » (٣٥٨/٧) .

(٦) المنهاج (ص ٣٦٦) .

الوالد رحمه الله أخذاً بظاهر : « من قتل قتيلاً . . فله سلبه »[1] ، وبأن ذلك لا يزيل الامتناع ؛ فرب أعمىٰ شر من بصير ، ومقطوع اليدين والرجلين يحتال على الأخذ بثأره بنفسه ، ولكن المجزوم به في « المنهاج » وغيره : استحقاق السلب[2] ، والأصحاب مطبقون عليه ؛ ويدل لهم نص الشافعي وإن كان الشيخ حاول تأويله . انتهىٰ .

وما ذكره ذهول عن قول « التنبيه » بعد ذلك [ص ٢٣٣] : (**وإن قطع أحدهما يديه ورجليه وقتله الآخر . . فالسلب للقاطع**) ثم حكى الخلاف في الصورة المتقدمة عنه ، واعتبر « المنهاج » و« الحاوي » في استحقاق السلب إزالة امتناعه[3] ، وفي « المحرر » : (أن يقتله أو يزيل امتناعه)[4] ، فاقتصر « المنهاج » على الثاني ؛ لفهم الأول من طريق الأولىٰ ، واستحسن بعضهم ما في « المحرر » فإنه ذكر محل النص ، وألحق به ما في معناه ، لكن هـٰذا شأن المطولات دون المختصرات .

٣٣٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإن غرر بنفسه في أسره فقتله الإمام أو من عليه . . ففي سلبه قولان ، أحدهما : أنه لمن أسره ، والثاني : ليس له**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] .

٣٣٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**وإذا استرقه أو فاداه بمال . . فهل يستحق من أسره رقبته أو المال المفادىٰ به ؟ فيه قولان**) : قال في « الروضة » وأصلها : يشبه أن يكون **الأظهر** هنا : المنع[6] ، وأطلق **تصحيحه** الرافعي في « الشرح الصغير » والنووي في « التصحيح »[7] ، وعليه مشى « الحاوي » .

٣٣٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**ثم يقسم الباقي علىٰ خمسة ثم الخمس علىٰ خمسة**) ثم قال : (**ويقسم الباقي ـ وهو أربعة أخماس ـ بين الغانمين**) ظاهره : أن أهل الخمس يفوزون بسهامهم قبل قسمة الأخماس الأربعة على الغانمين ، والذي ذكره الرافعي والنووي : أنه يخرج الخمس بالقرعة ، ثم يقسم الباقي على الغانمين قبل قسمة الخمس علىٰ أهله ؛ لأن الغانمين حاضرون محصورون[8] ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٦٦] : (**ثم يخمس الباقي**) ولم يقل :

---

(١) أخرجه البخاري (٢٩٧٣) ، (٤٠٦٦) ، ومسلم (١٧٥١) .
(٢) المنهاج (ص ٣٦٦) .
(٣) الحاوي (ص ٤٤٤) ، المنهاج (ص ٣٦٦) .
(٤) المحرر (ص ٢٨٣) .
(٥) الحاوي (ص ٤٤٤) ، المنهاج (ص ٣٦٦) .
(٦) فتح العزيز (٧/٣٥٩) ، الروضة (٦/٣٧٣ ، ٣٧٤) .
(٧) تصحيح التنبيه (٢/٢٠٤) ، الحاوي (ص ٤٤٤) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٦٣) ، و« الروضة » (٦/٣٧٦) .

يقسم ، ولم يعبر « الحاوي » بتخميس ولا قسمة ، لكنه قال بعد الخمس والنفل : (**والباقي لشاهد الحرب له**)[1] فعليه الإيراد ظاهراً كـ« التنبيه » .

قال الرافعي : ولا تكره قسمتها في دار الحرب[2] ، قال النووي : بل يستحب ، بل في « المهذب » وغيره : يكره التأخير إلىٰ دار الإسلام بغير عذر[3] .

قال السبكي : في العبارتين نظر ، **والصواب** : استحباب التعجيل ، لا خصوص القسمة في دار الحرب ، وعليه نص في « الأم » ، فقال : **والسنة** : أن يقسمه الإمام معجلاً ، فلا يؤخر قسمته إذا أمكنه في الموضع الذي غنمه فيه . انتهىٰ[4] .

وذكر الماوردي والبغوي : أنه يجب التعجيل ولا يجوز التأخير[5] ، وحكاه السبكي عنهما في (الزكاة) ، ولم يذكره هنا ، قال في « التوشيح » : وذلك **هو الحق** إن شاء الله .

وقال في « المهمات » : ويمكن حمل السنة في كلام الشافعي على الطريقة ، وفي « المنهاج » [ص ٣٦٦] : (**وبعد السلب تخرج مؤنة الحفظ والنقل وغيرهما ، ثم يخمس الباقي**) ولم يتعرض لذلك « التنبيه » و« الحاوي » .

٣٣٨٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٤] : (**ويجوز لأمير الجيش أن يشرط البداءة والرجعة ما يرىٰ علىٰ قدر عملهم من خمس الخمس**) **المشهور** : أن البداءة : السرية : التي يبعثها قبل دخوله دار الحرب مقدمة له ، والرجعة : التي أمرها بالرجوع وقد توجه الجيش إلىٰ بلاد الإسلام ، ولا يختص ذلك بهما ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٦٦] : (**والنفل : زيادة يشرطها الإمام أو الأمير لمن يفعل ما فيه نكاية في الكفار**) وعبارة « الحاوي » [ص ٤٤٤] : (**لمتعاطي خطر**) فعبارتهما أعم ، ومع ذلك فشرطه : أن تدعو إليه حاجة ، وهـٰذا أحد قسمي النفل ، والقسم الثاني : أن ينفل من صدر منه أثر محمود ؛ كمبارزة وحسن إقدام من غير شرط سابق .

٣٣٨٨ـ قول « التنبيه » في غير ما يتبسط فيه [ص ٢٣٥] : (**لا يجوز لأحد منهم أن يستبد به ، وله قول آخر : أنه إذا قال الأمير : « من أخذ شيئاً . . فهو له » . . صح ، ومن أخذ شيئاً . . ملكه**) محل هـٰذا القول : في الغانمين ، ولا يجوز لغيرهم قطعاً ، ولم يصحح هـٰذا القول متقدم ولا متأخر إلا الشيخ تاج الدين الفركاح ؛ فإنه رجحه ، ورد عليه النووي في تصنيف مفرد .

---

(١) الحاوي (ص ٤٤٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٦٣) .
(٣) انظر « المهذب » (٢/ ٢٤٤) ، و« الروضة » (٦/ ٣٧٦) .
(٤) الأم (٤/ ١٤٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٤٥٧) ، و« التهذيب » (٥/ ١٧٣) .

٣٣٨٩ـ قوله : (**ويقسم الباقي ـ وهو الأربعة أخماس ـ بين الغانمين**)[١] ليس فيه إفصاح عن المستحق له ، وقد نبه « المنهاج » فقال [ص ٣٦٦] : (**وهم : من حضر الوقعة بنية القتال وإن لم يقاتل**) وعبارة « الحاوي » [ص ٤٤٥] : (**لشاهد الحرب له**) وقد أورد عليهما أمور :

أحدها : أنه ينبغي أن يزاد : (ممن يسهم له) ليخرج العبد والمرأة والصبي والكفار ؛ ولعل إهمال ذلك لكونه معلوماً ، وقد ذكرا حكمهم بعد ، وقال السبكي : يحتمل إبقاء الكلام علىٰ عمومه ، ومن يرضخ لهم من جملة الغانمين ، فلا حاجة إلىٰ إخراجهم .

وقال شيخنا ابن النقيب : هو صحيح بناء على الأصح : أن الرضخ من الأخماس الأربعة ، وهو مراد الشيخ إن شاء الله تعالىٰ ؛ فإن الكلام علىٰ غانم يستحق من الأخماس الأربعة ، لا في مطلق غانم ، ولما عبر في « الروضة » بمن شهد الوقعة . . زاد هـٰذه الزيادة . انتهىٰ[٢] .

ثانيها : لو انهزم غير متحرف لقتال ولا متحيز إلىٰ فئة ولم يعد . . لم يستحق شيئاً مع حضوره الوقعة ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٤٤٥] : (**أو خرج لتحيز إلىٰ فئة قريبة**) فلو عاد قبل انقضائها . . استحق من المحوز بعده فقط ، قاله البغوي[٣] .

قال الرافعي : وقياسه : أن من حضر في الأثناء . . لا يستحق من المحوز قبل حضوره ، وقد قاله بعض الأصحاب[٤] .

قال النووي : وهو متعين ، وكلام من أطلق محمول عليه[٥] .

ورده السبكي : بأن المنهزم معرض ، فلا يأخذ مما حيز في إعراضه ، بخلاف المدد ، وصحح الإمام والغزالي : استحقاقه من الكل .

ثالثها : المخذل والمرجف لا يستحقان سهماً ولا رضخاً ، وقد ذكر « الحاوي » المخذل[٦] .

وأجيب عنهما : بأنه لا نية لهما في القتال ، فإن فرضت النية مع التخذيل والإرجاف . . احتيج إلىٰ لفظ يُخرجهما .

٣٣٩٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٥] : (**ويُخْرَج**) قال الرافعي : إلا أن يحصل بإخراجه وهن . . فيترك[٧] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٢٣١) .
(٣) انظر « التهذيب » (٥/ ١٧٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٦٥) .
(٥) انظر « الروضة » (٦/ ٣٧٧) .
(٦) الحاوي (ص ٤٤٥) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٦٦ ، ٣٦٧) ، (١١/ ٣٨٤ ، ٣٨٥) .

٣٣٩١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٦] : (**ولا شيء لمن حضر بعد انقضاء القتال ، وفيما قبل حيازة المال وجه**) تبع « المحرر » في أنه وجه[١] ، لكن رجح في « الروضة » أنه قول ، فقال : قولان ، وقيل : وجهان[٢] ، وعبارة أصله : وجهان في رواية بعضهم وقولان في رواية آخرين[٣] .

وأما عكسه ، وهو : ما لو حيز المال قبل انقضاء الحرب . . فقال ابن الرفعة : قياس البناء علىٰ وقت الملك : أن يأتي فيمن جاء حينئذ الخلاف ، وبه صرح الفوراني ، وصحح الإمام والغزالي المشاركة ؛ لأن الحيازة لم تكمل ؛ فإنه بصدد الاسترداد[٤] ، وجعله القاضي حسين أولىٰ بالمشاركة مما قبله .

٣٣٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**ومن مات أو خرج عن أن يكون من أهل القتال بمرض قبل أن تنقضي الحرب . . لم يسهم له**) ليس كذلك في المريض ؛ فإنه يستحق إن رجي زوال مرضه ، وكذا إن لم يرج ؛ كالعمىٰ والزمانة **في الأصح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٤٥] : (**وإن مرض**) .

٣٣٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥ ، ٢٣٦] : (**وفي الأجير ثلاثة أقوال ، أحدها : يسهم له ، والثاني : يرضخ ، والثالث : يخير ، فإن اختار السهم . . فسخت الإجارة وسقطت الأجرة ، وإن اختار الأجر . . سقط السهم**) فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق محل الخلاف تبعاً لـ« المختصر » ، وكذا فعل المسعودي ، وقيده الغزالي والبغوي بمن قاتل[٥] .

ثانيها : صورة المسألة : أن ترد الإجارة علىٰ عينه وتقدر بمدة معينة ؛ ولهـٰذا مثله « المنهاج » بسياسة الدواب وحفظ أمتعة[٦] ، فأما إذا وردت على الذمة وقدرت بعمل كخياطة ثوب وبناء حائط . . استحق السهم قطعاً .

ثالثها : صحح النووي في « تصحيح التنبيه » الأول[٧] ، لكن أهمل شرطه ، وهو : أن يقاتل ، وقد صرح به « الحاوي »[٨] ، وفي « المنهاج » أنه **الأظهر** إذا قاتل[٩] ، فيحتمل أن يكون تقييداً

---

(١) المحرر (ص ٢٨٤) .
(٢) الروضة (٦/٣٧٧) .
(٣) فتح العزيز (٧/ ٣٦٤) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٥٠٣) ، و« الوسيط » (٤/ ٥٤٣) .
(٥) انظر « الوسيط » (٤/٥٤٦) ، و« التهذيب » (٥/ ١٧٠ ، ١٧١) .
(٦) المنهاج (ص ٣٦٦) .
(٧) تصحيح التنبيه (٢/٢٠٩) .
(٨) الحاوي (ص ٤٤٥) .
(٩) المنهاج (ص ٣٦٦) .

لمحل الخلاف ، فيوافق البغوي والغزالي ، ويحتمل أن يكون تقييداً للفتوىٰ فقط .

رابعها : الأجرة الساقطة عند اختيار الفسخ هي أجرة زمن الوقعة فقط دون ما قبلها وبعدها ، وإذا سقط السهم لاختياره الأجرة . . أرضخ له .

٣٣٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (**وفي تجار العسكر قولان ، أحدهما : يسهم لهم ، والثاني : يرضخ ، وقيل : إن قاتلوا . . أسهم لهم ، وإن لم يقاتلوا . . فعلىٰ قولين**) **الأصح** : طريق ثالث وهو : الجزم بالمنع إن لم يقاتلوا وحكاية القولين إن قاتلوا ، **وأصحهما** : الاستحقاق ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٦٦] : (**والأظهر : أن الأجير لسياسة الدواب وحفظ أمتعة والتاجر والمحترف يسهم لهم إذا قاتلوا**) وفي « الحاوي » [ص ٤٤٥] : (**وللتاجر والمحترف والأجير إن قاتل**) فقوله : (**إن قاتل**) يعود للمسائل الثلاث ، وإذا لم يسهم . . أرضخ **في الأصح** .

٣٣٩٥ـ قولهم : (**للفارس ثلاثة أسهم**)[1] يتناول ما لو قاتل في سفينة ومعه فرس ، وقد نص عليه الشافعي ؛ لأنه قد يحتاج إليه ، وحمله ابن كج علىٰ من بقرب الساحل واحتمل أن يخرج ويركب ، وإلا . . فلا ، فلو حضرا بفرس مشترك . . فهل يعطي كل منهما سهم فرس ، أو لا يعطيان ، أو يعطيان سهم فرس مناصفة ؟ أوجه ، قال النووي : لعل الثالث **أصح**[2] ، **وصححه** السبكي أيضاً ، فلو ركباه . . فهل لهما ستة أسهم ، أم سهمان ، أم أربعة أسهم ؛ سهمان لهما وسهمان للفرس ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاها الرافعي بلا ترجيح[3] ، وقال النووي : اختار ابن كج في « التجريد » وجهاً رابعاً حسناً : أنه إن كان فيه قوة الكر والفر مع ركوبهما . . فأربعة أسهم ، وإلا . . فسهمان[4] ، ونزل السبكي الثالث عليه ، **وصححه** .

٣٣٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**وإن حضر بفرس ضعيف أو أعجف . . أسهم في أحد القولين دون الآخر**) **الأظهر** : أنه لا يسهم له ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، وبين أن محل القول الآخر : إذا لم يُعلم نَهْيُ الأمير عن إحضاره[5] .

٣٣٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] : (**وإن عار فرسه فلم يجده إلا بعد انقضاء الحرب . . لم يسهم له ، وقيل : يسهم له ، وليس بشيء**) قال الماوردي : محل الخلاف : إذا غاب الفرس عن الوقعة ومصاف القتل ، وإلا . . أسهم له[6] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٧) .
(٢) انظر « الروضة » (٦/ ٣٨٤ ، ٣٨٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٧٥) .
(٤) انظر « الروضة » (٦/ ٣٨٥) .
(٥) الحاوي (ص ٤٤٥) ، المنهاج (ص ٣٦٦) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٤٢٠) .

٣٣٩٨ـ قوله : (وإن غصب فرساً وقاتل عليه . . فالسهم له في أظهر القولين ، ولصاحب الفرس في الآخر)[١] ، صحح السبكي : أنه لصاحب الفرس ، لكن الأصح عند الرافعي والنووي : الأول[٢] ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٤٤٥] : (ملكٍ وغيره) .

٣٣٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٥] و« الحاوي » [ص ٤٤٥] : (إنه يرضخ للذمي إن أذن له الإمام) شرطه : أن يحضر بلا أجرة ، فإن استؤجر للجهاد . . استحق الأجرة فقط ، ذكره « المنهاج »[٣] .

٣٤٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٧] : (وهو : دون سهم) و« الحاوي » [ص ٤٤٥] : (سهم ناقص) أي : لايبلغ برضخ الراجل سهمه ، وهل يبلغ برضخ الفارس سهم الراجل ؟ وجهان كبلوغ تعزير الحر حد العبيد ، وبالمنع قطع الماوردي[٤] .

٣٤٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٦] : (ومن أين يكون الرضخ ؟ فيه أقوال) الأظهر : الثاني ، وهو : أنه أربعة أخماسها ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٥] .

٣٤٠٢ـ قوله : (وشارك في غنيمة السرية جيش الإمام المترصد بالقرب للنصرة)[٦] هٰذا الشرط ـ وهو : الترصد بالقرب ـ اعتبره جماعة منهم الغزالي[٧] ، ولم يتعرض له الأكثرون ، واكتفوا باجتماعهم في دار الحرب .

قال في « الروضة » : وهو الأصح أو الصحيح[٨] ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » مشاركة الجيش للسرية في غنيمتها ، بل مشاركة سرية أخرىٰ لها في ذلك[٩] .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٣٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٣٧٤/٧) ، و« الروضة » (٣٨٤/٦) .
(٣) المنهاج (ص ٣٦٧) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٤٠٢/٨) .
(٥) الحاوي (ص ٤٤٥) ، المنهاج (ص ٣٦٧) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٤٤٥) .
(٧) انظر « الوسيط » (٥٤٤/٤) .
(٨) الروضة (٣٧٩/٦) .
(٩) التنبيه (ص ٢٣٦)

كتاب قسم الصّدقات

٣٤٠٣ـ كان ينبغي لـ« المنهاج » تصديره بأن المستحق للزكاة ثمانية ، ثم يذكرهم تفصيلاً كما فعل « التنبيه » و« الحاوي »[١] ، وتقديم « المنهاج » و« الحاوي » الفقير أولىٰ من بداءة « التنبيه » بالعامل[٢] ؛ للاقتداء بالآية الكريمة ، وقال في « الكفاية » : بدأ بالعامل ؛ لأنه مقدم في القسم على الأصح ؛ لكونه يأخذ عوضاً .

٣٤٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ٦١] : (**وإن منعها جاحداً لوجوبها . . كفر**) قيده ابن الرفعة بمن نشأ بين المسلمين وقدم إسلامه ، ولا يحتاج إليه ؛ لأن حديث الإسلام والناشىء ببادية إذا لم يعرف وجوب الزكاة . . لا يقال له : جاحد ؛ لأن الجحد إنكار ما سبق الاعتراف به كما تقدم ذلك في (الصلاة) .

٣٤٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**الفقراء ، وهم : الذين لا يقدرون علىٰ ما يقع موقعاً من كفايتهم**) أي : لا بالمال ولا بالكسب ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٣٦٨] : (**من لا مال له ولا كسب يقع موقعاً من حاجته**) و« الحاوي » فقال [ص ٤٤٦] : (**من لا يقع ماله وكسب لائق لا يمنع تفقهه موقعاً من حاجته**) ومع ذلك فتعبير « التنبيه » أحسن ؛ فإنه لو كان له كسب لكنه منع منه المرض ، أو لم يجد من يستعمله . . فقد صدق أنه لا يقدر علىٰ ما يقع موقعاً من كفايته ، وهو وارد علىٰ عبارة « المنهاج » و« الحاوي » لأن له كسباً .

وعبر آخرون بأنه : من لا يملك ما يقع موقعاً من كفايته ، قال السبكي : فيؤخذ من العبارتين خلاف في أن الكسوب هل هو فقير ولكنه لا يعطىٰ ، أو ليس بفقير ؟ قال : والأقرب عندي : الثاني ؛ أي : كما اقتضته عبارة هٰؤلاء .

واعلم : أن المراد : تفسير الفقر في هٰذا الباب ، وأما في (العرايا) : فهو من لا نقد بيده ، وأما في العاقلة : فهو من لا يملك ما يفضل عن كفايته على الدوام .

٣٤٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٨] : (**ولا يمنع الفقر مسكنه وثيابه**) أي : ولو تعددت إذا احتاج إليها ولو كانت للتجمل ، قال السبكي : وإطلاقه المسكن والثياب يقتضي أنه لا فرق بين اللائق به وغيره ؛ لأنه إذا ألفها . . شق بيعها . قال شيخنا ابن النقيب : وفيه نظر[٣] .

---

(١) التنبيه (ص ٦٣) ، الحاوي (ص ٤٤٦) .

(٢) التنبيه (ص ٦٣) ، الحاوي (ص ٤٤٦) ، المنهاج (ص ٣٦٨) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٢٤٤) .

ولو لم يكن له عبد ولا مسكن واحتاج إليهما ومعه ثمنهما. . قال السبكي : لم أر فيه نقلاً ، ويظهر أنه كوفاء الدين ، وقد قال الرافعي فيما لو كان عليه دين ومعه ما يوفيه به : يمكن أن يقال : لا عبرة بما يوفيه به كما في نفقة القريب والفطرة ، وفي « فتاوى البغوي » : أنه لا يعطىٰ بالفقر حتىٰ يصرفه في الدين[1] ، واختاره السبكي ، فلو اعتاد السكنىٰ بالأجرة أو في المدرسة. . قال السبكي : فالظاهر خروجه عن اسم الفقر بثمن المسكن .

قال الرافعي : ولم يتعرضوا لعبده المحتاج إلىٰ خدمته ، وهو في سائر الأصول كالمسكن[2] .

قال النووي : صرح ابن كج بأنه كالمسكن ، وهو متعين . انتهىٰ[3] .

وصرح به في « النهاية » أيضاً ، لكن في المسكنة لا في الفقر ، فقال : إن ملك الخادم والمسكن لا يمنع اسم المسكنة ، بخلاف اسم الفقر[4] .

٣٤٠٧ـ قوله : (**وماله الغائب في مرحلتين**)[5] حكاه الرافعي عن البغوي[6] ، وهو في « تعليق القاضي حسين » مخرج من نصه علىٰ أخذه ببنوة السبيل ، وقد فرق بينهما أبو إسحاق ، وقال : يعطىٰ ببنوة السبيل لا بالفقر .

قال السبكي : ويحتاج القول بالأخذ مع أن له مالاً غائباً إلىٰ دليل .

نعم ؛ إن لم يجد من يقرضه. . جاز الأخذ .

٣٤٠٨ـ قوله : (**والمؤجل**)[7] يقتضي أنه لا فرق بين أن يحل قبل مضي زمن مسافة القصر أم لا ، قال الرافعي : وقد يتردد الناظر فيه[8] .

٣٤٠٩ـ قوله : (**ولو اشتغل بعلم والكسب يمنعه. . ففقيرٌ**)[9] أعم من تعبير « الحاوي » بالتفقه[10] ؛ لتناوله كل علم شرعي ، وهو : التفسير والحديث والفقه على المشهور كما سبق في (الوصايا)[11] ، وقد صرح في « أصل الروضة » بأن المراد : العلوم الشرعية ، ثم قال من زيادته :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٧٦ ، ٣٧٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٧٦) .
(٣) انظر « الروضة » (٢/٣٠٨) .
(٤) نهاية المطلب (١١/٥٤١) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٧٧) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٧٧) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٨) .
(١٠) الحاوي (ص ٤٤٦) .
(١١) انظر « المنهاج » (ص ٣٥٦) .

هٰذا الذي ذكره في المشتغل بالعلم هو المعروف في كتب أصحابنا ، وذكر الدارمي فيه ثلاثة أوجه ، ثالثها : إن كان نجيباً يُرجىٰ فقهه ونفع الناس به . . استحق ، وإلا . . فلا . انتهىٰ[1] .

وخرج بالمشتغل المعطل المعتكف في المدرسة ، ومن لا يتأتىٰ منه التحصيل . . فلا تحل لهما الزكاة مع القدرة على الكسب .

قال السبكي : يحتمل حمله علىٰ بعض ما قال الدارمي ، ويحتمل أن يكون هٰذا فيمن لا يشتغل ألبتة وذاك مشتغل .

قال في « البسيط » : فلو كان يكتسب بالوراقة بحيث لا يمنعه الاشتغال . . لم يعط .

٣٤١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٨] : (**ولا يشترط فيه الزمانة ولا التعفف عن المسألة على الجديد**) أي : فيهما ، ورجح في « الروضة » القطع به فقال : **على المذهب** ، وبه قطع المعتبرون ، وقيل : قولان : الجديد ، والقديم[2] .

قوله : (**والمكفيُّ بنفقة قريب أو زوجٍ ليس فقيراً في الأصح**)[3] فيه أمور :

أحدها : أنه غير مطابق لقول « المحرر » : (لا يعطيان من سهم الفقراء)[4] فإنه لا يلزم من عدم إعطائهما منه ألاَّ يكونا فقيرين ؛ فقد لا يعطيان مع اسم الفقر ؛ لعدم الحاجة لانسداد خلتهما ، نبه عليه السبكي ، وقال : إن الراجح ما في « المحرر » . انتهىٰ .

وتوافقه عبارة « الحاوي » فإنه بعد تفسير الفقير والمسكين قال : (**لا المكفي بنفقة القريب والزوج**)[5] فلم يدخل ذلك في تفسيرهما وذكر السبكي : أن الذي صححه « المحرر » و« المنهاج » هنا مخالف لتصحيح « الروضة » وأصلها[6] ، وليس كذلك ؛ فملخص ما في « الروضة » : لو وقف أو أوصىٰ لفقراء أقاربه وفيهم مكفي بنفقة من تلزمه نفقته . . فالثالث : يعطىٰ ممون القريب دون الزوجة ، والرابع : عكسه ، فإن منع ـ **وهو الأصح** ـ . . فمن الزكاة أولىٰ ؛ لأن الوقف باسم الفقر ، والاسم باق مع القيام بأمره ، والمعتبر في الزكاة الحاجة ، وإلا . . فيعطيان **في الأصح**[7] .

ثانيها : أن اقتصاره علىٰ أنه ليس فقيراً قد يوهم أنه مسكين ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا أخر « الحاوي » قوله [ص ٤٤٦] : (**لا المكفي بنفقة القريب والزوج**) عن بيان الفقير والمسكين ، وذلك

---

(١) الروضة (٢/٣٠٨ ، ٣٠٩) .
(٢) الروضة (٢/٣٠٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٦٨) .
(٤) المحرر (ص ٢٨٥) .
(٥) الحاوي (ص ٤٤٦) .
(٦) فتح العزيز (٧/٣٧٩) ، الروضة (٢/٣٠٩) .
(٧) الروضة (٢/٣٠٩) .

يفهم أنه يعطىٰ من سهم غيرهما ، وهو كذلك .

ثالثها : محل الخلاف : في غير القريب المنفق ، أما القريب المنفق . . فلا يعطيه بهما قطعاً ، ويعطيه بغيرهما ، بخلاف الزوج ؛ فيجري فيه الخلاف ، قال في « الروضة » هنا : أو يعطيها من سهم المؤلفة في **الأصح** ، وقال الشيخ أبو حامد : لا تكون المرأة من المؤلفة وهو ضعيف[(١)] ، لكنه قال في أواخر الباب من زيادته : لو دفع سهم المؤلفة ثم بان المدفوع إليه امرأة . . فكما لو بان عبداً[(٢)] ؛ أي : **والأصح** في ظهوره عبداً : عدم الإجزاء ، ومقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها هنا : أن المكاتب مكفي بنفقة قريبه ، وليس كذلك ؛ فقد **صحح** في « الروضة » من زيادته : أنه لا تجب نفقته علىٰ قريبه ؛ وعلله : بأنه رقيق[(٣)] .

٣٤١١ـ قول « التنبيه » في المساكين [ص ٦٣] : (**وهم : الذين يقدرون علىٰ مايقع موقعاً من كفايتهم ولا يكفيهم**) أي : بالمال أو الكسب كما هو مصرح به في « المنهاج » و« الحاوي »[(٤)] ، وتقدم مثله في الفقير .

قال في « المهمات » : واستنبطت من كلامهم أن المراد : عدم الكفاية في تلك السنة ؛ فإن الرافعي ذكر في (الأيمان) : أن المسكين ينتقل إلى التكفير بالصوم[(٥)] ، وفي (الظهار) : أن الانتقال إلى الصوم هل شرطه العجز عن السنة أم عن العمر الغالب فيه ؟ احتمالان[(٦)] ؛ قال النووي : **فالصواب** منهما : اعتبار السنة[(٧)] ، قال : فثبت من مجموع كلامهما أن المراد بعدم الكفاية : إنما هو في السنة ، وهو عزيز مهم ، فمن عجز عن كفاية السنة . . فهو مسكين ، وهل يعطىٰ كفاية سنة أم العمر الغالب ؟ فيه الخلاف المشهور ، ومن معه كفاية سنة . . لا يعطىٰ شيئاً ؛ لأنه ليس مسكيناً حينئذ ، وإن كنا نعطيه كفاية العمر الغالب لو نقص ما معه عن السنة .

٣٤١٢ـ قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**فإن رآه قوياً وادعىٰ أنه لا كسب له . . أعطاه من غير يمين ، وقيل : لا يعطىٰ إلا بيمين**) **صحح النووي** في « شرح المهذب » : أنه يعطىٰ من غير يمين[(٨)] ، والإعطاء بيمين يحتمل الوجوب والاستحباب ، وهما وجهان في « الروضة » وأصلها بلا

---

(١) الروضة (٢/٣١٠) .
(٢) الروضة (٢/٣٣٨) .
(٣) الروضة (٩/٩٧) .
(٤) الحاوي (ص ٤٤٦) ، المنهاج (ص ٣٦٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٧١) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٩/٣١٥) .
(٧) انظر « الروضة » (٨/٢٩٦) .
(٨) المجموع (٦/١٧٦) .

ترجيح[1] ، ومحل التحليف : عند التهمة ، وإلا . . فلا تحليف قطعاً ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٤٦] : (**وحلف ندباً إن اتهم**) .

٣٤١٣ـ قول « التنبيه » [ص ٦١] : (**وإن قال : بعته ثم اشتريته ولم يحل عليه الحول وما أشبه ذلك مما يخالف الظاهر . . حلف عليه ، وقيل : يحلف استحباباً**) صحح النووي الثاني ، وهو التحليف استحباباً[2] ، والعراقيون على الوجوب ، ومحل الخلاف : إذا اتهمه ، وإلا . . لم يحلفه ، قاله الماوردي وغيره[3] .

٣٤١٤ـ قولهم : (**والعامل**)[4] يشترط في الصرف له أمران :

أحدهما : أن يعمل ، فلو فرق المالك ، أو حملها إلى الإمام . . سقط ، وذلك يؤخذ من تسميته عاملاً .

ثانيهما : لو استأجره الإمام من بيت المال ، أو جعل له منه جعلاً . . لم يأخذ من الزكاة كما قاله البندنيجي والمتولي ، قال الإمام : **وهو الظاهر**[5] .

وقد يؤخذ من فحوىٰ كلامهم ما يدل علىٰ أن حرمانه من الزكاة بالكلية لا يجوز، والظاهر: أن «التنبيه» أراد بالعامل: الساعي[6] ؛ ولهٰذا اعتبر فيه ما ذكره من الشروط ، لكن الأمر غير منحصر فيه ؛ ولذلك قال «المنهاج» [ص ٣٦٨]: (**والعامل: ساعٍ ، وكاتبٌ ، وقاسمٌ ، وحاشرٌ يجمع ذوي الأموال**) وبقىٰ عليه : الحاسب ، والعريف وهو كالنقيب للقبيلة ، قال المسعودي : والجندي ؛ أي : المشد .

ولم يحصر « الحاوي » بل قال لما ذكر العامل [ص ٤٤٧] : (**كالساعي والكاتب**) .

وأما أجرة الكيال والوزان ، وعاد النعم . . فهي على المالك **في الأصح** ، والمراد : الذي يميز نصيب المستحقين من نصيب المالك ، فأما الذي يميز بين الأصناف . . فأجرته من سهم العامل قطعاً ، وأما حافظ المال والراعي بعد القبض . . **فالأصح** : أن أجرتهما في أصل مال الزكاة ، ولا يختص بسهم العامل .

٣٤١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٨] و« الحاوي » [ص ٤٤٧] : (**لا القاضي**) يقتضي أن للقاضي قبضها وصرفها ، وذلك في مال أيتام تحت نظره ، أما غيرهم . . ففي دخول ذلك في عموم ولايته إذا لم يقم الإمام له متكلماً وجهان .

---

(١) فتح العزيز (٧/٣٩٩) ، الروضة (٢/٣٢٣) .
(٢) انظر « الروضة » (٢/٣٤٠) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٣/١٢٦) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٦٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٨) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١١/٥٤٨ ، ٥٤٩) .
(٦) التنبيه (ص ٦٣) .

٣٤١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٨] : (**والوالي**) أعم من تعبير « الحاوي » [ص ٤٤٧] : (**بالإمام**) لشموله والي الاقليم عموماً ؛ فإن ولايته تشمل قبضها وتفريقها ، ولا يأخذ سهم العامل كالإمام ؛ لأن رزقه من الخمس .

قال القاضي أبو الطيب : لو تولاها الإمام . . سقط سهم العامل ، ولا يأخذه الإمام .

٣٤١٧ـ قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**وإن كان** ـ أي : الثمن ـ **أقل من أجرة عمله . . تمم من خمس الخمس في أحد القولين ، ومن الزكاة في الثاني**) **الأظهر** : الثاني ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي » أن له أجر المثل[١] .

٣٤١٨ـ قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**وأما مؤلفة المسلمين . . فضربان : ضرب لهم شرف يرجىٰ بعطيتهم إسلام نظرائهم ، وقوم يرجىٰ حسن إسلامهم ، وفيه ثلاثة أقوال ، أحدها : لا يعطون ، والثاني : يعطون من سهم المؤلفة ، والثالث** : **من خمس الخمس**) **الأظهر** : الثاني ، وهو إعطاؤهم من سهم المؤلفة ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[٢] لكن في تعبيره بالمذهب نظر ؛ فليس في المسألة طرق .

وشرط إعطائهم : الاحتياج إليهم كما نقله في « الكفاية » عن « المختصر »[٣] .

٣٤١٩ـ قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**وضرب في طرف بلاد الإسلام ؛ إن أعطوا . . دفعوا عن المسلمين ، وقوم إن أعطوا . . جبُوا الصدقات ممن يليهم ففيهم أربعة أقوال ، أحدها : يعطون من سهم المؤلفة**) **هو الأظهر** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٤٧] : (**والمتألف علىٰ جهاد الكفار ومانع الزكاة حيث أهون من بعث جيش**) ، وتعبير « التنبيه » بالدفع عن المسلمين أعم ؛ فقد يدفعون البغاة ، وكذا تعبيره بجباية الصدقات أعم ؛ فقد يجبونها من غير مانع ، بل ممن يستثقل نقلها للإمام ، ويصعب إرسال ساع إليهم ؛ للبعد أو الخوف .

٣٤٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**فأما مؤلفة الكفار فضربان : من يرجىٰ إسلامه ، ومن يخاف شره ، فيعطون من خمس الخمس**) خالف ذلك في قسم الفيء والغنيمة ، فقال : (**إنهم لا يعطون شيئاً**) **وهو الأظهر** ، ومراده : تقسيم المؤلفة من حيث هم ، لا مؤلفة الزكاة بالخصوص ؛ لأن مؤلفة الكفار ليسوا من أهلها بلا شك .

٣٤٢١ـ قولهما : (**والرقاب : المكاتبون**)[٤] أي : كتابة صحيحة كما قيده « الحاوي » فلا

---

(١) الحاوي (ص ٤٤٧) .

(٢) الحاوي (ص ٤٤٧) ، المنهاج (ص ٣٦٨) .

(٣) مختصر المزني (ص ١٥٨) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٨) .

يعطىٰ في الفاسدة[1] ، وحيث صحت كتابة بعض عبد ؛ بأن أوصىٰ بكتابة عبد فعجز عنه الثلث ، وهو الأصح . . لم يعط في الأصح ، وفي ثالث استحسنه الرافعي : أنه إن كان بينهما مهايأة . . صرف إليه في نوبته ، وإلا . . فلا .

ويستثنىٰ من ذلك : مكاتبه فليس له صرف زكاته إليه على الصحيح .

٣٤٢٢ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٨] : (**ولو قبل الحلول**) كذا صححه الرافعي والنووي[2] ، لكن صحح النووي في نظيره من الغارم خلافه[3] ، وهو في « المنهاج »[4] ، فيحتاج علىٰ طريقته إلى الفرق ، وقد بنى الرافعي الخلاف في الغارم على المكاتب ، ثم قال : ثم قد يجعل الغارم أولىٰ بالإعطاء ؛ لاستقرار دينه ، بخلاف المكاتب ، وقد يعكس لغرض الحرية بالتعجيل[5] ، فقد يفرق النووي بهـٰذا .

٣٤٢٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**الغارمون ، وهم ضربان**)[6] أهملا ضرباً ثالثاً ، وهو : الضامن وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٤٨] : (**وللضمان إن أعسرا**) أي : الضامن والمضمون عنه ، وبقي عليه : ما لو أعسر الضامن فقط ، لكن كان الضامن متبرعاً بغير إذن .

٣٤٢٤ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٨] : (**ولنفسه لمباح**) يقتضي أنه إذا استدان لنفسه لمحرم . . لا يعطىٰ ولو تاب ، وهو الذي يقتضيه قول « المحرر » : (بشرط ألاَّ تكون الاستدانة لمعصية)[7] لكن استدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٣٦٨] : (**الأصح : يعطىٰ إذا تاب**) وهو استدراك علىٰ عموم مفهوم الشرط ، وصححه « التنبيه » أيضاً[8] ، وقال الرافعي في « الكبير » : صحح كلاً من الوجهين قوم[9] ، ورجح في « الصغير » : أنه يعطىٰ .

وقال النووي في « الروضة » : جزم في « المحرر » بالأول : أنه لا يعطىٰ ، والأصح : الثاني[10] .

ومراده بجزم « المحرر » : ما أفهمه عموم المفهوم ، وفي « المهمات » : أنه مقتضىٰ كلام

---

(١) الحاوي (ص ٤٤٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٨٨ ، ٣٨٩) ، و« الروضة » (٢/ ٣١٥) .
(٣) انظر « الروضة » (٢/ ٣١٨) .
(٤) المنهاج (ص ٣٦٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٩٢) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٨) .
(٧) المحرر (ص ٢٨٥) .
(٨) التنبيه (ص ٦٣) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٩١ ، ٣٩٢) .
(١٠) الروضة (٢/ ٣١٧) .

الإمام ؛ فإنه شرط في إعطائه ألاَّ يكون غرمه في معصية ، ولم يفصل بين أن يتوب أم لا ، قال في « الكفاية » : ومحلهما : إذا استدان للصرف في الحرام ، وصرفه فيه ، فإن لم يصرفه فيه ، أو صرف فيه ما استدانه لمباح . . قال الإمام : يعطىٰ إذا تحقق قصد الإباحة أولاً ، ولكنا لا نصدقه فيه عند صرفه في الحرام[1] .

وقال السبكي : مثلوا الدين في معصية بالاقتراض ليشتري خمراً ، فحرم القصد لمقارنة الفعل ، وقياسه : شراء عنب الخمر ، قال : ولا يتصور كون الدين سببه معصية إلا بعقد صحيح ، فالفاسد لا يعلق بالذمة شيئاً ، إلا أن يكون إتلافاً محرماً ، فهو الذي يكون ديناً[2] سببه معصية ، وهو لازم في الذمة بالإجماع ، فالتمثيل به أحسن ، إلا أن يراد : أنه لزم ذمته بسبب مباح ، وأنفقه في حرام ؛ ولهـٰذا قسموه إلىٰ مُصِرٍّ وتائب . انتهىٰ .

قال الرافعي : ولم يتعرضوا لمضي مدة الاستبراء ليظهر صلاحه ، إلا أن الروياني قال : (إذا ظن صدقه في توبته) ، فيمكن حمله عليه[3] .

٣٤٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٨] : (**والأظهر : اشتراط حاجته**) قد يفهم عوده إلى التائب تفريعاً علىٰ ما صححه : أنه يعطىٰ ، وليس كذلك ، بل لا خلاف في اشتراط الحاجة في هـٰذه الصورة ، وإنما يعود إلى المستدين في غير معصية ، وعبارة « التنبيه » تدل علىٰ ذلك[4] ، وحصر « الحاوي » الأخذ بالمباح كما تقدم ، وقال [ص ٤٤٨] : (**إن أعسر**) .

ولو قدر بالكسب . . أعطىٰ **في الأصح** ، قال الرافعي : ومن المهم البحث عن معنى الحاجة ، وعبارة أكثرهم تقتضي كونه فقيراً ، **والأقرب** قول بعض المتأخرين : أنه لا يعتبر الفقر والمسكنة ، بل يترك معه ما يكفيه ، وأقره النووي[5] .

٣٤٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٨] : (**دون حلول الدين**) يقتضي أن الخلاف فيه قولان كالمسألة قبلها ؛ فإنه جمع بينهما ، وعبر بالأظهر ، لكن قوله عقبه : (**قلت : الأصح : اشتراط حلوله**)[6] يقتضي أن الخلاف وجهان ، والخلاف في « الشرحين » وجهان[7] ، ومحلهما عند الغزالي : ما إذا لم يكن له غلة وقف عند الحلول بقدر الدين ، فإن كانت تغني بعد كفايته وكفاية عياله . . لم يعط .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٥٥٣) .

(٢) في كل النسخ : (دين) ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٩٢) .

(٤) التنبيه (ص ٦٣) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٣٩١) ، و« الروضة » (٢/ ٣١٧) .

(٦) المنهاج (ص ٣٦٨) .

(٧) فتح العزيز (٧/ ٣٩٢) .

٣٤٢٧ـ قولهما في ابن السبيل : (**وشرطه : الحاجة**)(١) قد يرد عليه : ما لو وجد من يقرضه . . فإنه لا يعطىٰ ، بخلاف من لا مال له ، وقد يقال : لا يرد عليهما ؛ فإنه في هـٰذه الحالة غير محتاج .

نعم ؛ يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٤٩] : (**المعسر**) فإن وُجْدَانَ ما يستقرضه لا يخرجه عن الإعسار ، وتعبير « التنبيه » بقوله [ص ٦٤] : (**المسافر ، أو المريد للسفر في غير معصية**) و« الحاوي » بقوله [ص ٤٤٩] : (**المسافر ، لا معصية**) أظهر في المراد من قول « المنهاج » [ص ٣٦٩] : (**وشرطه : الحاجة وعدم المعصية**) لدلالة العبارتين الأولتين علىٰ أن الشرط : ألاَّ يكون السفر نفسه معصية ، وإيهام الثالثة أن الشرط : انتفاء المعصية من المسافر وإن لم يكن السفر معصية .

٣٤٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**ولا يدفع إليه حتىٰ تثبت حاجته**) قال ابن الرفعة : لم أره فيما وقفت عليه لأحد من الأصحاب ، بل المنقول : أن المسافر إذا ذكر أنه لا مال له في هـٰذا البلد ولم يعرف له مال فيه . . فالقول قوله .

٣٤٢٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وشرط آخذ الزكاة من هـٰذه الأصناف الثمانية : الإسلام**)(٢) يجوز أن يكون الحمال والكيال والحافظ كافراً ويعطىٰ من سهم العامل ، وكذلك يجوز أن يكون من ذوي القربىٰ ، وبه استدل علىٰ أنه أجرة لا زكاة .

٣٤٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**ويجوز الدفع إلىٰ موالي بني هاشم وبني المطلب ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : أنه لا يجوز وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٦٩] : (**وكذا مولاهم في الأصح**) و« الحاوي » في (الخصائص) فقال [ص ٤٥١] : (**والزكاة علىٰ قريبه ومواليهم**) .

فَصْلٌ

[في بيان مستنَد الإعطاء وقدر المُعْطَىٰ]

٣٤٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٩] : (**من طلب زكاة وعلم الإمام استحقاقه أو عدمه . . عمل بعلمه**) قال الرافعي : ولم يخرجوه على الخلاف في القضاء بالعلم(٣) .

قال ابن الرفعة : ولعل سببه أنه ليس بحكم ، قال السبكي : اختلفوا في أن فعل الحاكم حكم أم لا ؛ وهنا عليهما : ينبغي ألاَّ يشترط فيه شروط الحكم ؛ للمشقة وعسر البينة .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٦٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٩) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٦٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٩) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٩٩) .

٣٤٣٢ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٦] : (**بقولهما**) أي : يعطىٰ مدعي الفقر أو المسكنة بقوله من غير بينة ، ومحله : إذا لم يعرف له قبل ذلك مال ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٦٩] : (**فإن عرف له مال وادعىٰ تلفه . . كلف**) أي : ببينة ، وهو مثل قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**فإن عرف رجل بالغنىٰ ثم ادعى الفقر**) قال الرافعي : ولم يفرقوا بين أن يدعيه بسبب ظاهر أو خفي كالمودع[1] .

وفرق ابن الرفعة : بأن الأصل عدم ضمان المودع ، وعدم استحقاق الصرف .

والبينة هنا رجلان أو رجل وامرأتان ، وقيل : لا بد هنا من ثلاثة ؛ لحديث فيه[2] .

٣٤٣٣ـ قولهما : (**وإن ادعىٰ عيالاً . . لم يقبل إلا ببينة**)[3] قال السبكي : الظاهر : أن المراد بالعيال : من تلزمه نفقته ومن لا تلزمه ممن تقتضي المروءة والعادة بقيامه بنفقتهم ممن يمكن صرف الزكاة إليه من قريب حر وغيره ، وكذا الزوجة ؛ لأن نفقتها وإن كانت ديناً فإنما تجب يوماً بيوم ، ولو جعلت من سهم الغارمين . . ففي تمييز نصيبها منه ونصيبه من سهم المساكين عسر أو خلاف في الأخذ بصفتين ، وفي إفراد كل بالصرف من غير تبعية عسر حتىٰ لو كانت مسكينة ولها ولد لو كانت موسرة . . لزمها نفقته ، فهو من عيالها . انتهىٰ .

٣٤٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٩] : (**ويطالب عاملٌ ببينةٍ**) قال السبكي : محله إذا أتىٰ إلىٰ رب المال وطالبه وجهل حاله ، أما الإمام : فإنه يعلم حاله ؛ فإنه الذي يبعثه ، فلا تتأتى البينة فيه .

٣٤٣٥ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٧] : (**وشريف بإعطائه يتوقع إسلام نظرائه ، بالبينة**) ذكر السبكي فيه مثل ما تقدم عنه في العامل : أن محله : في طلبه من رب المال ، فأما الإمام : فإنه يعلم حاله ؛ فإنه الذي يتألفه ، فلا حاجة إلىٰ بينة ، وفيه نظر ؛ فقد لا يعلم الإمام شرفه ، وأن له نظراء يرغبون في الدخول في الإسلام بإعطائه ، وهو في هـٰذه الصورة لا يتألف على الإسلام بإعطائه ؛ فإنه حسن الإسلام ، وإنما يتألف بإعطائه نظراؤه ؛ ليدخلوا في الإسلام .

٣٤٣٦ـ قولهم : (**إن الغارم يطالب ببينة**)[4] ذكر السبكي أنه لا حاجة إليها في الغارم لذات البين ؛ لظهور أمره ؛ فإن إطفاء فتنة الحرب لا يخفىٰ ، وفيه نظر ؛ فقد يكون ذلك في بلاد بعيدة عن الإمام قد يخفىٰ عليه تفاصيل أحوال أهلها .

٣٤٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٩] : (**وهي : إخبار عدلين**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٤٨] : (**بشاهدين**) ومن قول « التنبيه » [ص ٦٣] : (**حتىٰ يثبت أنه غارم بالبينة**) لإيهامهما اعتبار

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٣٩٩/٧) .

(٢) في النسخ : (للحديث فيه) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٩) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٦٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٤٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٦٩) .

لفظ الشهادة ، لكن حكى الرافعي عن بعض المتأخرين : أنه لا يعتبر سماع القاضي والدعوىٰ والإنكار ، بل المراد : إخبار عدلين علىٰ صفات الشهود[1] ، واستحسنه في « الشرح الصغير » ، وحكاه ابن الرفعة عن « المحيط » ، ونقله السبكي عن الإمام ، واختاره[2] ، وبه يشعر تعبير « المنهاج » بالإخبار .

٣٤٣٨ـ قول « التنبيه » في المكاتب [ص ٦٣] : (**فإن صدقه المولىٰ . . فقد قيل : يدفع إليه ، وقيل : لا يدفع**) ثم قال في الغارم : (**فإن صدقه . . فعلىٰ وجهين**) **الأصح فيهما** : الدفع إليه بمجرد التصديق ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[3] .

٣٤٣٩ـ قول « الحاوي » في الفقير والمسكين [ص ٤٤٦] : (**إنهما يعطيان كفاية سنة**) تبع فيه « الوجيز » و« المحرر »[4] ، واستدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٣٦٩] : (**الأصح المنصوص ، وقول الجمهور : كفاية العمر الغالب ، فيشتري به عقاراً يستغله**) وأشار في « التتمة » إلىٰ تنزيل هٰذا الخلاف علىٰ حالين : إن أمكن إعطاء ما تحصل منه كفايته . . أعطاه ، وإلا . . فكفاية سنة ، ورده الرافعي : بأنه لو لم يقدر علىٰ أن يعطيه كفاية سنة . . فلابد أن يعطيه لما دونها ؛ فلا معنىٰ للضبط بها .

واختار السبكي التنزيل ، وأجاب عن السنة : بأن الغالب أن زكاة السنة لا تنقص عن كفايتها ، فإن نقصت . . أعطينا المقدور كما قال الرافعي[5] ، قال : والقول بالسنة وادخار الفاضل إلى القابلة بعيد لا وجه له ولا أعتقد أحداً يقول به ، والقول بكفاية العمر لا يمكن لرب المال ولا للإمام عموماً غالباً ، فإن أمكنه ذلك عموماً . . فينبغي أن لا يتردد في وجوبه ؛ لأنه مالهم ، قال : بل أقول : لو زادت علىٰ كفايتهم العمر ؛ لكثرتها وقلتهم . . لزمه قسمتها كلها عليهم ، وينتقل بعدهم إلىٰ وارثيهم .

قال : ومذهب الشافعي : عدم جواز ادخار شيء من مال المصالح في بيت المال مع عدم تعين مستحقه ، فكيف بما تعين مستحقه ؟! قال : إلا أن هٰذا فرض نادر ؛ لأن الأرض لا تخلو عن الفقراء والمساكين ، لكن جاء أن في آخر الزمان يطوف الرجل بصدقته فلا يجد من يقبلها ، قال : ونص « الأم » و« المختصر » وغيره مما يخالف ما قلته خرج مخرج الغالب ، وهو عدم زيادة الزكوات عن كفايتهم . انتهىٰ .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٠١) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٥٦٣) .
(٣) الحاوي (ص ٤٤٨) ، المنهاج (ص ٣٦٩) .
(٤) الوجيز (١/ ٤٧٣) ، المحرر (ص ٢٨٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٠٢) .

ومحل الخلاف : فيمن لا يحسن الكسب بحرفة ولا تجارة ، فأما المحترف . . فيعطىٰ ما يشتري به أداة حرفته ، ويعطى التاجر ما يتجر فيه ؛ ولذلك قال « التنبيه » في الفقراء [ص ٦٣] : (**فيدفع إليهم ما تزول به حاجتهم من أداة يكتسب بها أو مال يتجر به**) ومحله : في المكتسب والتاجر ، وفي غيرهما الخلاف المتقدم ، وحاصله : أن خلاف « المنهاج » و« الحاوي » ذكرا صورة و« التنبيه »[١] ذكر صورة ، وكل منهما مقيد بالآخر ، فلو ملك ما يكفيه أقل من سنة أو من العمر الغالب ولا حرفة له . . قال السبكي : الذي يظهر من كلام الأصحاب : أنه يعطى التكملة لسنة أو للعمر الغالب ، ثم ذكر عن « الشافي » للجرجاني و« فتاوى البغوي » ما يقتضيه ، قال : وتوهم بعض فقهاء الزمان أنه لا يعطىٰ إلا إذا اتصف يوم الإعطاء بالفقر أو المسكنة ، وليس كذلك .

٣٤٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٦٩] : (**والمكاتب والغارم : قدر دينه**) كان ينبغي أن يقول : (قدر دينهما) كما في « المحرر » و« الحاوي »[٢] ، أو يعطف بـ (أو) ، ولو كان معهما البعض . . أعطيا الباقي فقط .

٣٤٤١ـ قول « التنبيه » في ابن السبيل [ص ٦٤] : (**فيدفع إليه ما يكفيه في خروجه ورجوعه**) محله : ما إذا أراد الرجوع ؛ ولذلك اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » علىٰ أنه يعطىٰ ما يوصله مقصده أو موضع ماله[٣] ، وسكتوا عن كفايته في مدة مقامه ، وهي مقدرة بمدة المسافر ، وهي : ما دون أربعة أيام .

٣٤٤٢ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٩] : (**يُملَّك ، أو يعار الفرس والسلاح ، والنفقة**) فيه أمران :

أحدهما : أن العارية إنما تأتي في الفرس والسلاح ، أما النفقة . . فليس فيها غير التمليك ، وهٰذا واضح ، لكن عبارته لا تعطيه .

ثانيهما : أنه أشار بالعارية إلىٰ ما ذكره الرافعي من أن الإمام يشتري خيلاً من هٰذا السهم وينفقها في سبيل الله ، فيعطيهم إياها عند الحاجة ، فعبر عنه بالعارية ، وكذا فعل النووي[٤] ، وفيه نظر ؛ فإن انتفاع الموقوف عليه بما وقف عليه ليس عارية ، ولو كان عارية . . لضمنه عند التلف بغير الاستعمال ، والإمام ليس مالكاً لذلك حتىٰ يعيره ، وقد ذكر الرافعي والنووي مع التمليك والوقف الإجارة ؛ بأن يستأجر له مركوباً ، وأهمله المصنف ، ولعله داخل في التمليك ؛ فإن في الإجارة ملك المنفعة ، وعبر « المنهاج » عن ذلك بقوله [ص ٣٧٠] : (**والغازي : قدر حاجته لنفقةٍ وكسوةٍ**

---

(١) التنبيه (ص ٦٣) .

(٢) المحرر (ص ٢٨٦) ، الحاوي (ص ٤٤٨) .

(٣) الحاوي (ص ٤٤٩) ، المنهاج (ص ٣٦٩) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٠٤) ، و« الروضة » (٢/٣٢٧) .

ذاهباً وراجعاً ومقيماً هناك وفرساً وسلاحاً ، ويصير ذلك ملكاً له) وهي عبارة حسنة ، إلا أنه لم يذكر سوى التمليك ، وعبارة « التنبيه » [ص ٦٤] : (فيدفع إليهم ما يستعينون به في غزوهم) وليس فيها إفصاح عن المقصود ، بل توهم الاقتصار علىٰ إعطاء الزائد بسبب الغزو ، والأصح : إعطاء جميع المؤنة كما تقدم ، وسكتوا عن إعطائه نفقة عياله ، وكذا سكت عنه الجمهور ، وذكره بعض شراح « المفتاح » .

وقال الرافعي والنووي : إنه ليس ببعيد[1] ، وقد يدخل في تعبير « المنهاج » و« الحاوي » بالنفقة .

ومحل إعطائه الفرس : ما إذا كان فارساً ، وقال السبكي : له في الفرس والسلاح طرق : دفع الثمن ، أو الأجرة إليه ، أو الشراء ، أو الاستئجار له ، أو للجهة ، أو الوقف عليهما ، ولا تملك إلا في دفع الثمن .

٣٤٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**ويُهيَّأ له ولابن السبيل مركوبٌ إن كان السفر طويلاً أو كان ضعيفاً لا يطيق المشي**) هـٰذا غير الفرس الذي يقاتل عليه .

٣٤٤٤ـ قوله : (**ومن فيه صفتا استحقاق.. يُعطَىٰ بإحداهما فقط في الأظهر**)[2] لو عبر بالمذهب.. لأفاد أن في المسألة طرقاً ولكن أصحها : طريقة القولين ، فالتعبير بالأظهر صحيح ، والله أعلم .

فصل
[في قسمة الزكاة بين الأصناف ونقلها وما يتبع ذلك]

٣٤٤٥ـ قول « الحاوي » [ص ٤٤٩] : (**ويستوعبهم**) محمول علىٰ قول « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**يجب استيعاب الأصناف إن قسم الإمام وهناك عامل ، وإلا.. فالقسمة علىٰ سبعة**) وتناول كلامهما زكاة الفطر ، وبه صرح « التنبيه » ثم قال [ص ٦٤] : (**وقيل : يجزىء أن يصرف إلىٰ ثلاثة من الفقراء**) وهو قول الإصطخري ، واختاره السبكي ، وحكى الرافعي عن اختيار صاحب « التنبيه » : جواز صرفها إلىٰ واحد[3] ، قال في « البحر » : وأنا أفتي به .

٣٤٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**فإن فُقدَ بعضهم.. فعلى الموجودين**) وقول « الحاوي » [ص ٤٤٩] : (**وسهم المفقود للباقين**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**وإن فقد صنف من هـٰذه**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٠٤) و« الروضة » (٢/ ٣٢٧) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٠٨) .

الأصناف) لتناول العبارتين الأوليتين ما إذا لم يفقد صنف بكماله ، وإنما فقد بعضه ؛ بأن لم يجد منه إلا واحداً أو اثنين .

٣٤٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**والمستحب : أن يعم كل صنف إن أمكن**) وقول « الحاوي » [ص ٤٤٩ ، ٤٥٠] : (**وجاز الاكتفاء بعامل وثلاثة من كل صنف**) محله : فيما إذا قسمها المالك ولم ينحصر المستحقون ، فإن انحصروا ، أو قسمها الإمام . . وجب استيعاب آحاد كل صنف ، وكذلك قال « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**وإذا قسم الإمام . . استوعب من الزكوات الحاصلة عنده آحاد كل صنف ، وكذا يستوعب المالك إن انحصر المستحقون في البلد ووفىٰ بهم المال ، وإلا . . فيجب إعطاء ثلاثة**) وفيه أمور :

أحدها : في معنى الإمام : العامل إذا فوض إليه الصرف .

ثانيها : أن مقتضىٰ عبارته : جواز الاقتصار علىٰ ثلاثة فيما إذا لم ينحصر المستحقون ، وفيما إذا انحصروا لكن لم يف المال بكفايتهم فإنه أوجب الاستيعاب بشرطين ، وإعطاء ثلاثة عند فقد مجموعهما وذلك يصدق بفقد أحدهما ، والذي في « الروضة » وأصلها : جواز الاقتصار علىٰ ثلاثة عند عدم إمكان الاستيعاب وذلك فيما إذا لم ينحصروا ؛ فإنه جعل التقابل بين الإمكان وعدمه ، فقال : إن أمكن الاستيعاب ؛ بأن كانوا محصورين يفى المال بهم . . فأطلق في « التتمة » : وجوب الاستيعاب ، وفي « التهذيب » : يجب إن لم نجوز النقل ـ أي : وهو **الأصح** ـ وإلا . . استحب ، ثم قال : وإن لم يمكن الاستيعاب . . سقط الوجوب والاستحباب ، ولا ينقص عن ثلاثة[1] .

قال السبكي : وعدم الانحصار قد يكون مع إمكان الاستيعاب ومع عدمه ، ولا شك أنه مع عدم الإمكان يسقط الوجوب والاستحباب ؛ إذ لا تكليف معه ، وأما مع الإمكان : فإن كان بلا مشقة وهو المراد هنا بالنسبة إلى المالك والآحاد ؛ فإذا زادوا علىٰ ثلاثة وانحصروا . . فيقتضي ألاَّ يجوز اقتصار المالك علىٰ ثلاثة ، سواء نقص ما يعطى الثلاثة عن كفايتهم أم لا ، بل يعمهم وإن نقص ما يعطىٰ كلاً منهم عن الكفاية ، وإن كان بمشقة . . لم يلزم المالك جزماً ويلزم الإمام ، فهنا يفارق الإمام المالك . انتهىٰ .

ويخالف ذلك كلام « أصل الروضة » في المسائل المنثورة آخر الباب ؛ فقد ذكر فيها ما حاصله : أن الاستيعاب لا يجب إذا زادوا علىٰ ثلاثة[2] ، وهو مقتضىٰ كلامه في الوصية للعلماء ونحوهم ؛ فإنه شبهه بأصناف الزكاة في أنه لا يجب الاستيعاب ، ويقتصر علىٰ ثلاثة ، **والأولىٰ** : استيعاب الموجودين عند الإمكان ، وجوز في « المهمات » حمله علىٰ ما إذا لم يف المال

---

(١) الروضة (٢/٣٢٩) ، فتح العزيز (٧/٤٠٨) .

(٢) فتح العزيز (٧/٤٠٨) .

بكفايتهم ، والأول علىٰ ما إذا وفىٰ ، وقد جزم بذلك في « الكفاية » ، وحمل كلام « التنبيه » علىٰ ما إذا لم يف بكفايتهم .

قال في « المهمات » : ويتلخص من ذلك : تعين الصرف إليهم فيما إذا كانوا ثلاثة فأقل وإن لم يف بهم ، فإن زادوا علىٰ ثلاثة . . جاز الاقتصار علىٰ ثلاثة إن عسر ضبطهم ، فإن سهل ضبطهم . . فهم كالثلاثة إن وفى المال بحاجتهم ، وكما لو عسر ضبطهم إن لم يوف ، لكن يستحب التعميم ، قال : وكلام القاضي أبي الطيب يدل علىٰ ما قلناه ، قال : ويلزم منه فساد قول النووي في « التصحيح » : الأصح : أنه يجب استيعاب آحاد الصنف إذا كانوا محصورين . انتهىٰ بمعناه[1] .

والمراد بالانحصار : أن يسهل في العادة ضبطهم ومعرفة عددهم ؛ ففي « الإحياء » في غير هٰذا الباب: كل عدد لو اجتمع في صعيد لعسر على الناظر عددهم؛ كالألف . . فغير محصور، وإن سهل؛ كعشرين . . فمحصور، وبينهما أوساط يلحق بأحدهما بالظن ، وما شك فيه يستفتىٰ فيه القلب[2] .

ثالثها : محل وجوب إعطاء ثلاثة من كل صنف : في غير العامل ؛ فإنه يكتفىٰ فيه بواحد كما تقدم من كلام « الحاوي » ، وصرح به « التنبيه » أيضاً ، فقال [ص ٦٤] : (**وأقل ما يجزىء : أن يدفع إلىٰ ثلاثة من كل صنف ، إلا العامل ؛ فإنه يجوز أن يكون واحداً**) واعترض في « الكفاية » علىٰ هٰذه العبارة : بأنه إن كان المفرق هو المالك كما هو ظاهر كلامه . . فالعامل ساقط ، فلا يستثنىٰ ، أو الإمام لكون المالك حملها إليه . . فكذلك ، أو لكون الساعي جباها ودفعها إلى الإمام . . وجب الاستيعاب ، ولا يكفي ثلاثة من كل صنف .

٣٤٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**وتجب التسوية بين الأصناف**) محله : في غير العامل ؛ فإنه لا يعطىٰ إلا أجرة مثله كما صرح به « التنبيه » [ص ٦٤] و« الحاوي » [ص ٤٥٠] .

٣٤٤٩ـ قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**والأفضل : أن يفرق عليهم علىٰ قدر حاجاتهم ، وأن يسوي بينهم**) ، ظاهره التنافي ، فحمل الأول علىٰ ما إذا تساوت ، ومقتضاه : جواز التفضيل ولو تساوت حاجتهم ، وهو الذي يقتضيه قول « الحاوي » [ص ٤٤٩ ، ٤٥٠] : (**وجاز التفضيل في آحاد الصنف**) ومحله : فيما إذا قسم المالك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**إلا أن يُقَسِّم الإمام فيحرم عليه التفضيل مع تساوي الحاجات**) وتبع في ذلك « المحرر »[3] ، ونقله في « الشرح » عن « التتمة »[4] ، وقال في « الروضة » : هٰذا التفصيل الذي في « التتمة » وإن كان قوياً

---

(١) تصحيح التنبيه (١/ ٢١٤) .

(٢) إحياء علوم الدين (٢/ ١٠٣) .

(٣) المحرر (ص ٢٨٦) .

(٤) فتح العزيز (٧/ ٤٠٩) .

في الدليل فهو خلاف إطلاق الجمهور استحباب التسوية[1] .

قال السبكي : وتأملت إطلاق الجمهور التسوية فوجدت كلام أكثرهم في المالك دون الإمام ، فلا مخالفة للمتولي ، فما قاله هو المختار ، ويوافقه كلام ابن الصباغ ، وفيما علقه النووي على « التنبيه » : أن قوله : (**وأن يسوي بينهم**)[2] ليس متعلقاً بقوله : (**الأفضل : أن يفرق**)[3] لعلمنا عدم التسوية من قوله : (**علىٰ قدر حاجاتهم**)[4] ولا يحمل على التسوية في أصل الإعطاء ؛ لعلمه من قوله : (**وأن يعم كل صنف**)[5] بل هو معطوف علىٰ قوله : (**ويجب صرف زكاة المال إلىٰ ثمانية أصناف**)[6] أي : وتجب التسوية بينهم بدفع الثمن إلىٰ كل صنف ، وأَخَّرَهُ إلىٰ هنا ؛ ليفرغ من الأصناف وشرائطهم ، قال : وهو كلام حسن جداً رضي الله عمن أفادنا إياه ، واستبعده السبكي ؛ لطول الفصل .

٣٤٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**فإن دفع جميع السهم إلى اثنين . . غرم للثالث الثلث في أحد القولين ، وأقل جزء في الآخر**) **الأصح** في « شرح المهذب » و« التصحيح » : الثاني[7] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٥٠] : (**وإن قنع باثنين . . غرم أقل متمول**) وفي « الشرح » و« الروضة » : أن الأول هو **المنصوص** في الزكاة ، والثاني هو **القياس**[8] ، قال الماوردي : فلو كانوا محصورين يفي المال بحاجتهم ؛ كثلاثة مثلاً . . غرم للثالث قدر حاجته[9] .

٣٤٥١ـ قول « التنبيه » [ص ٦٤] : (**وإن فضل عن بعضهم ونقص عن كفاية البعض . . نقل الفاضل إلى الذين نقص سهمهم عن الكفاية في أحد القولين ، وينقل إلى الصنف الذي فضل عنهم بأقرب البلاد إليه في الآخر**) **صحح** النووي في « تصحيحه » الثاني ، فقال : وأنه إذا فضل عن بعض ونقص عن بعض . . نقل إلىٰ ذلك الصنف[10] ، ومقتضىٰ كلام « الروضة » الرد على الباقين ؛ فإنه جعله على الخلاف فيما إذا فقد صنف في ذلك البلد مع وجوده في غيره[11] ، **والأصح** هناك : الرد

---

(١) الروضة (٢/ ٣٣١) .
(٢) التنبيه (ص ٦٤) .
(٣) التنبيه (ص ٦٤) .
(٤) التنبيه (ص ٦٤) .
(٥) التنبيه (ص ٦٤) .
(٦) التنبيه (ص ٦٣) .
(٧) المجموع (٦/ ٢٠٧) ، تصحيح التنبيه (١/ ٢١٥) .
(٨) فتح العزيز (٢/ ٤٠٨ ، ٤٠٩) ، الروضة (٢/ ٣٢٩) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٨/ ٥٢٥) .
(١٠) تصحيح التنبيه (١/ ٢١٥) .
(١١) الروضة (٢/ ٣٣١) .

على الباقيين علىٰ أنه لا يلزم من الاستواء في الخلاف الاستواء في الترجيح ، وعلىٰ أن عبارة « التصحيح » تحتمل تصحيح الأول ؛ بأن يكون قوله : (نقل إلىٰ ذلك الصنف) أراد به : الذين نقص عنهم . . فإنه أقرب مذكور في كلامه ، وإليه مال في « التوشيح » ، فقال : ينبغي حمله على النقل إلى الصنف الناقص ، لا إلىٰ بلد آخر ؛ ليتوافق كلاماه لا سيما وقد أطلق في « التنبيه » [ص ٦٤] النقل ، وأراد به ما ذكرناه . انتهىٰ .

والذي ذكرته أولاً عن « التصحيح » فهمه عنه ابن الرفعة ، وتبعه شيخانا الإسنوي وابن النقيب[١] ، والله أعلم .

وقد يفهم من كلامه أن مؤنة النقل عليه ، **والأصح** كما قال الإمام : أنها على المستحق[٢] .

٣٤٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٦٢] : **(ويكره أن ينقل الزكاة عن بلد المال ، فإن نقل . . ففيه قولان ، أحدهما : يجزئه ، والثاني : لا يجزئه)** فيه أمور :

أحدها : أن المراد بالكراهة هنا : التحريم .

ثانيها : **أصح القولين** فيما إذا نقل : عدم الإجزاء ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٥٠] : **(بقيَ الفرض)** وهـٰذه الطريقة هي **المصححة** في « الروضة » وأصلها أن القولين في سقوط الفرض ، ولا خلاف في التحريم[٣] ، والطريقة الثانية : أنهما في التحريم والسقوط معاً ، وعبارة « المنهاج » موافقة لهـٰذه ؛ حيث قال [ص ٣٧٠] : **(والأظهر : منع نقل الزكاة)** وفيه طريقة ثالثة : أنها في التحريم ، ولا خلاف أنه يسقط .

ثالثها : الخلاف فيما إذا فرق المالك ، **فإن** فرق الإمام . . قال الرافعي والنووي : ربما اقتضىٰ كلام الأصحاب طرد الخلاف فيه ، وربما دل علىٰ جواز النقل له والتفرقة كيف شاء ، وهـٰذا أشبه ، قال النووي : قال صاحب « التهذيب » والأصحاب : يجب على الساعي نقل الصدقة إلى الإمام إذا لم يأذن له في تفريقها ، فهـٰذا نقل ، ورجح في « شرح المهذب » القطع بجواز النقل للإمام والساعي[٤] ، ومال ابن الرفعة إلىٰ طرد الخلاف في الإمام أيضاً .

ويستثنىٰ من منع النقل أيضاً : ما لو كان له بكل بلد عشرون شاة . . **فالأصح** : جواز إخراج شاة في أحدهما ؛ حذراً من التشقيص ، وترد هاتان المسألتان على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً ولو فارق المستحقون أو بعضهم بلد المال . . فله النقل اعتباراً بالآخذ لا بالبقعة ، قاله الإمام ، قال :

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٢٧٧) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١١/ ٥٣٩) .
(٣) فتح العزيز (٧/ ٤١١ ، ٤١٢) ، الروضة (٢/ ٣٣١) .
(٤) المجموع (٦/ ١٥٩) .

ومنعه بعضهم عند انتقال بعضهم ؛ فإن في المقيمين مقنعاً ، وكلام الإمام وغيره يقتضي طرد الخلاف وإن انحصر المستحقون ، وخصه في « الشافي » بعدم انحصارهم ، فلو انحصروا حولاً .. ملكوها ، ووجب صرفها إليهم وتنتقل إلىٰ ورثتهم ولو كانوا أغنياء .

٣٤٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ٦٢] : (**وإن نقل إلىٰ ما لا تقصر إليه الصلاة .. فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : المنع ، وهو مقتضىٰ إطلاق « المنهاج » [ص ٣٧٠] و« الحاوي » [ص ٤٥٠] ولو نقل إلىٰ قرية بقرب البلد كما حكاه في زيادة « الروضة » عن صاحب « العدة » ، قال : وهو ظاهر[1] ، قال السبكي : وهو ظاهر وإن اتصلتا إن انفردت باسم ، وإلا .. كالعمران المتصل فينبغي تخريجه على القصر ، فإن فارقه .. امتنع .

٣٤٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ٦٢] : (**وإن وجبت عليه زكاة الفطر في بلد وماله في غيره .. ففيه قولان ، أحدهما : أنه يجب لفقراء بلد المال ، والثاني : يجب لفقراء موضعه ، وهو الأصح**) هٰذا التصحيح هو **المعتمد** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٥٠] : (**وإن نقل من موضع المالك في الفطرة والمال في الزكاة .. بقي الفرض**) ولا يغتر بما في بعض نسخ الرافعي[2] من تصحيح اعتبار بلد المال ، ومقتضىٰ كلام « المهمات » : أنه كذلك في جميع نسخ الرافعي و« الروضة »[3] فإنه حكى اعتبار بلد المال عن تصحيح « شرح المهذب » منكتاً علىٰ عبارة الرافعي ، ولم يذكر مخالفة « الروضة » له .

فلو كان بعض ماله معه في بلد وبعضه في آخر .. اعتبرنا بلد المالك قطعاً ؛ فقد ذكر في « شرح المهذب » أنه **الصواب**[4] ، أما إذا وجبت عليه عن غيره وهو ببلد آخر .. فالاعتبار ببلد المؤدىٰ عنه في **الأصح** ، وحكاية « التنبيه » الخلاف قولين خالفه في « المهذب » ، فحكاه وجهين[5] ، وهو الذي ذكره الرافعي والنووي[6] .

٣٤٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٠] : (**ولو عدم الأصناف في البلد .. وجب النقل ، أو بعضهم وجوزنا النقل .. وجب ، وإلا .. فيرد على الباقين وقيل : ينقل**) لا يغتر بنقل « الكفاية » تصحيح النقل عن الرافعي ؛ فإنه إنما صحح الرد على الباقين ، وعن الماوردي : أن الخلاف في غير الغزاة ، وينقل للغزاة جزماً ، وفي « الكفاية » : أن محل الخلاف : إذا لم يكف الباقين نصيبهم ، فإن

---

(١) الروضة (٢/ ٣٣٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤١٤) .
(٣) الروضة (٢/ ٣٣٤) .
(٤) المجموع (٦/ ٢١٥) .
(٥) المهذب (١/ ١٧٤) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤١٤) ، و« الروضة » (٢/ ٣٣٤) .

كفاهم.. نقل، وحكاه عن البندنيجي، ويعلم مما تقدم أن هذا في غير العامل، فأما نصيب العامل عند عدمه.. فإنه يرد على الباقين قطعاً.

٣٤٥٦ـ قول «التنبيه» [ص ٦٣]: (**ومن شروطه ـ أي: العامل ـ أن يكون حراً، فقيهاً، أميناً، ولا يكون ممن حرم عليه الصدقة من ذوي القربى**) فيه أمور:

أحدها: ليس المراد: أن يكون فقيهاً في سائر الأبواب، بل يكفي أن يكون فقيهاً في باب الزكاة خاصة، كما صرح به «المنهاج» و«الحاوي»[(١)].

ثانيها: اشتراط ألاَّ يكون من ذوي القربى محله: ما إذا أراد أخذ السهم كما هو مقتضى كلامه، فلو عمل متبرعاً.. جاز قطعاً، والمراد بالصدقة: الزكاة؛ فإن **الأصح**: حل صدقة التطوع لهم، **والأصح**: إلحاق موالي ذوي القربى بهم.

ثالثها: المراد بالأمانة: العدالة كما صرح به «المنهاج» [ص ٣٧٠]، وقال «الحاوي» [ص ٤٤٧]: (**أهل الشهادة**).

رابعها: يشترط فيه أيضاً: كونه ذكراً كما جزم به في «أصل الروضة» في آخر الكلام على الصنف الأول، ولم يذكره في مظنته، فأعرب في «المهمات» بنقله عن «أحكام الخناثى» لأبي الفتوح، وقال الماوردي مرة: يكره أن تكون المرأة عاملة، فدل على عدم اشتراطه، وقد تفهم الذكورة من تذكير «التنبيه» و«المنهاج» ضميره، ومن قول «الحاوي» [ص ٤٤٧]: (أهل الشهادة) لكن يذكر مع اختلاط المؤنث بالمذكر تغليباً للتذكير، والمرأة أهل لبعض الشهادات، فلو قال «الحاوي»: (أهل للشهادات) بالجمع.. لخرجت المرأة.

خامسها: محل اشتراط الحرية والفقه: ما إذا كان متصرفاً من غير تقييد عليه، فإما إذا عين له الإمام ما يأخذه ويدفعه.. لم يشترط فيه الفقه كما جزم به «المنهاج» [ص ٣٧٠]، وحكى الرافعي والماوردي: أنه لا يشترط فيه أيضاً الحرية والإسلام[(٢)]، قال النووي: عدم اشتراط الإسلام فيه نظر[(٣)]، وقال في «شرح المهذب»: **المختار**: اشتراطه[(٤)]، وقال السبكي: عدم اشتراطه منكر لا يعرج عليه، وفي الحرية نظر.

٣٤٥٧ـ قول «المنهاج» [ص ٣٧١]: (**وليُعلِم شهراً لأخذها**) أي: استحباباً، وقيل: وجوباً.

٣٤٥٨ـ قول «الحاوي» [ص ٤٥٠]: (**ووسم الصدقة بالله**) وهو في بعض نسخ «التنبيه»،

---

(١) الحاوي (ص ٤٤٧)، المنهاج (ص ٣٧٠).

(٢) انظر «فتح العزيز» (٧/٤١٦).

(٣) انظر «الروضة» (٢/٣٣٥).

(٤) المجموع (٦/١٥٢).

وكذا في « المختصر »[1] ، واستبعده الصيدلاني في « شرح المختصر » لأنها تتمعك في النجاسة وتضرب أفخاذها بأذنابها ، وهي نجسة ، فينزه اسم الله عنها ، وحكاه الرافعي عن بعض شراح « المختصر » ، وقال : يجوز أن يجاب عنه : بأنه لغرض التمييز لا للذكر ، ويختلف التعظيم باختلاف المقصود ؛ فإن الجنب لو أتىٰ ببعض الفاتحة لا علىٰ قصد القراءة . . لم يحرم[2] .

وفي « المهمات » : أنه إشكال ظاهر ، وأن جواب الرافعي ضعيف ؛ فإن قصد التمييز لا يخرج به الاسم عن التعظيم ، وأما الجنب : فإنه إذا لم يقصد القراءة . . لم يكن المأتي به قرآناً ، فلا تحريم .

٣٤٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ٦١] : (**والمستحب : أن يدعى له ، فيقول : آجرك الله فيما أعطيت ، وبارك لك فيما أبقيت ، وجعله لك طهوراً**) قال في « التحرير » : والأحسن ما في « المختصر » وتبعه الأصحاب أن يجعل : (**وجعله لك طهوراً**) بين الجملتين ، قال : والمصنف غيّره . انتهىٰ[3] .

وذكر في « الكفاية » : أن الذي في « التنبيه » حكاه القاضي أبو الطيب عن النص ، قال : وكأنه أخذه من قوله : فإذا أخذت صدقته . . دعا له بالأجر والبركة[4] .

* * *

---

(١) مختصر المزني (ص ١٦٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٤١٧/٧ ، ٤١٨) .
(٣) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ١١٨ ، ١١٧) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ٥٣) .
(٤) انظر « الأم » (٨٢/٢) .

بابُ صدقةِ التطوّع

٣٤٦٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧١] : **(وتحل لغني)** أي : ولو من ذوي القربىٰ ، **فالأصح** : حلها لهم .

نعم ؛ تحرم على النبي صلى الله عليه وسلم **في الأظهر** ، وقد ذكره « الحاوي » في الخصائص فقال [ص ٤٥١] : **(وحرمة الصدقتين ، والزكاة علىٰ قريبيه)** .

٣٤٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٠] : **(ودفعها سراً وفي رمضان ولقريب وجارٍ أفضل)** ، وفي « التنبيه » [ص ٦٤] : **(يستحب الإكثار منها في شهر رمضان وأمام الحاجات)** ، وقال في زيادة « الروضة » بعد ذكر رمضان : وكذا عند الأمور المهمة ، وعند الكسوف والمرض ، والسفر ، وبمكة والمدينة ، وبالغزو ، والحج ، والأوقات الفاضلة ؛ كعشر ذي الحجة وأيام العيد ، ففي كل هـٰذه المواضع هي آكد من غيرها[١] .

وقال شيخنا ابن النقيب : إن الحاجات التي في « التنبيه » [ص ٦٤] هي الأمور المهمة التي في « الروضة »[٢] .

وتقديم « المنهاج » [ص ٣٧١] : القريب في الذكر أولىٰ من تقديم « الحاوي » الجار[٣] ؛ لأن الصدقة على القريب أفضل منها على الجار ، وإطلاقهما القريب يتناول من تلزم نفقته ، وكذا صرح به في « شرح المهذب » عن الأصحاب ، ثم حكىٰ عن البغوي : أن دفعها إلىٰ قريب تلزمه نفقته أفضل من دفعها لأجنبي[٤] ، لكن مقتضىٰ تصحيحهم في الوصية للأقارب أنها لا تتناول الأبوين والولد : عدم دخولهم في لفظ القريب هنا ؛ ويؤيده أنه في « أصل الروضة » لما فصل ذلك . . لم يذكرهم ، بل قال : **فالأولىٰ** : أن يبدأ بذوي الرحم المحرم ؛ كالأخوة والأخوات. . . إلىٰ آخره[٥] ، وقد عرفت أن المنقول خلافه ، والرجوع إلى التصريح أولىٰ من الرجوع إلىٰ إفهام وإشعار .

٣٤٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧١] : **(ومن عليه دينٌ أو له من تلزمه نفقته . . يُستحب ألا يتصدق حتىٰ يؤدي ما عليه . قلت : الأصح : تحريم صدقته بما يحتاج إليه لنفقة من تلزمه نفقته ، أو لدين لا يرجو له وفاء)** فيه أمور :

---

(١) الروضة (٢/٣٤١) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/٢٨٧) .

(٣) الحاوي (ص ٤٥٠) .

(٤) المجموع (٦/٢٠٩ ، ٢١٠) .

(٥) الروضة (٢/٣٤١) .

أحدها : أن مقتضىٰ كلامه : أنه لا تحرم صدقته بما يحتاج إليه لنفقه نفسه ، وكذا صرح بتصحيحه في « الروضة » من زيادته[1] ، لكن في « التنبيه » [ص ٦٤] : (**ولا يحل ذلك لمن هو محتاج إلىٰ ما يتصدق به في كفايته**) **وصححه** في « شرح المهذب »[2] .

ثانيها : أنه قيد الدين بألاَّ يرجوا له وفاء ، وكذا في زيادة « الروضة » ، وعبر بالمختار ، فقال : **المختار** : أنه إن غلب علىٰ ظنه حصول وفائه من جهة أخرىٰ . . فلا بأس بالتصدق ، وإلا . . فلا يحل[3] ، وأطلق « التنبيه » أنه لا يحل التصدق لمن هو محتاج إلىٰ ما يتصدق به في قضاء دينه ، وأطلق النووي في « شرح مسلم » جواز ذلك[4] .

ثالثها : أنه لا يكفي رجاء الوفاء ، بل لا بد من استناد ذلك إلىٰ سبب ظاهر كما ذكره الغزالي في « الإحياء »[5] ، ويوافقه قول « الروضة »[6] من زيادته في (الشهادات) : تباح الاستدانة لحاجة في غير معصية ولا سرف إذا كان مرجو الوفاء من جهة أو سبب ظاهر .

رابعها : أن عبارة « المحرر » و« الروضة » وأصلها : (لا يستحب أن يتصدق حتىٰ يؤدي ما عليه)[7] فعدل عنها في « المنهاج » إلىٰ قوله [ص ٣٧١] : (**يستحب ألا يتصدق**) وبينهما تفاوت ظاهر[8] .

خامسها : قال ابن الرفعة : **الأولىٰ** : حمل المنع علىٰ كفايته وكفاية ممونه في الحال ، وقضاء دين تعين وفاؤه على الفور ، إما بطلبه أو بغيره علىٰ ما في (التفليس) ، والجواز علىٰ كفاية الأبد ، وكلام بعضهم يرشد إليه ، ودين لم يجب أداؤه على الفور .

قال : وعلى التحريم هل يملكه المتصدق عليه ؟ ينبغي أن يكون فيه خلاف ؛ كهبة الماء بعد الوقت ، وقال السبكي في الدين : إن التحريم ظاهر إذا قلنا : يجب أداؤه من غير طلب ، أو وجد الطلب ، قال : وينبغي أن يتحتم سواء رجي له وفاء أم لا ، أما المؤجل ، أو حال لم يطالب به ولم نوجبه قبله . . فيظهر الجواز إن رجي الوفاء ، وإلا . . فينبغي التحريم إن حرم سببه ، وإلا . . فلا .

---

(١) الروضة (٢/٣٤٢) .
(٢) المجموع (٦/٢٢٥) .
(٣) الروضة (٢/٣٤٢ ، ٣٤٣) .
(٤) شرح مسلم (٧/١٢٥) .
(٥) إحياء علوم الدين (١/٢٣٠) .
(٦) الروضة (١١/٢٤٦) .
(٧) المحرر (ص ٢٨٧) ، فتح العزيز (٧/٤٢٠) ، الروضة (٢/٣٤٢) .
(٨) قال في « مغني المحتاج » (٣/١٢٢) : (وبيانه أن عبارة المصنف أفادت أن عدم التصدق مستحب ، فيكون التصدق خلاف الأولىٰ ، وعبارة « المحرر » وغيره : أن التصدق غير مستحب ، فتصدق بأن يكون واجباً أو حراماً أو مكروهاً ؛ فإن ذلك كله غير مستحب) .

وقال في « المهمات » : متىٰ طالب صاحب الدين به . . فلا سبيل إلى القول بالجواز ؛ لوجوب أدائه على الفور .

سادسها : خرج بالصدقة الضيافة ، فلا يشترط في جوازها الفضل عن نفقته ونفقة عياله كما في « شرح المهذب » ، وقال : ليست الضيافة صدقة ، واستدل بحديث الأنصاري الذي نزل به الضيف فأطعمه قوت صبيانه[1] ، وقال في « شرح مسلم » : لا تجوز الضيافة في هـٰذه الحالة ، وحمل الحديث علىٰ أن الصبيان لم يكونوا محتاجين إلى الأكل ، وإنما طلبوه علىٰ عادة الصبيان في الطلب من غير حاجة[2] .

٣٤٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧١] : (**وفي استحباب الصدقة بما فضل عن حاجته أوجهٌ ؛ أصحها : إن لم يشق عليه الصبر . . استحب ، وإلا . . فلا**) فيه أمور :

أحدها : أن المراد : الصدقة بجميع ما فضل ، أما التصدق ببعضه . . فلا تردد في استحبابه .

ثانيها : أن المراد : حاجته لنفسه ولممونه ولقضاء دينه .

ثالثها : أنه ذكر فيما إذا شق عليه الصبر . . أنه لا يستحب ، وزاد « التنبيه » علىٰ ذلك فقال : إنه مكروه ، وعبارته [ص ٦٤] : (**ويكره لمن لا يصبر على الإضاقة أن يتصدق بجميع ماله**) ولا يرد علىٰ هـٰذه العبارة الأمران الأولان ، لكن مفهومها : أن من صبر على الإضاقة . . لا يكره له التصدق بجميع ماله ، وليس فيها أنه مستحب ، وقد تقدم استحبابه ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٥٠] : (**والمحتاج لا يتصدق بكل ماله**) وهي عبارة تحتاج إلىٰ تنقيح ؛ فالمحتاج تحرم عليه الصدقة بالمحتاج إليه لدينه أو عياله ، وغير المحتاج يكره له التصدق بكل ماله إن لم يصبر على الإضاقة وقد تقدم ذلك ، والله أعلم[3] .

* * *

---

(١) المجموع (٦/ ٢٢٥) .

(٢) شرح مسلم (١٤/ ١٢) .

(٣) في (أ) : (تم الجزء الأول بحمد الله وعونه وحسن توفيقه ، يتلوه أول الجزء الثاني كتاب النكاح ، ووافق الفراغ من تعليقه في الثامن والعشرين من شهر ذي القعدة من شهور سنة اثنين وعشرين وثمان مئة) .

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم صلّ على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

كتاب النكاح

٣٤٦٤ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥١] : (**خُصَّ النبي عليه الصلاة والسلام بوجوب الضحىٰ والأضحىٰ والوتر**) أراد بالأضحىٰ : الأضحية ، وفي إيجاب هـٰذه الأمور الثلاثة على النبي صلى الله عليه وسلم نظر ؛ لعدم صحة ذلك وقد روىٰ أحمد والبيهقي من حديث ابن عباس : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث هن عليّ فرائض ولكم تطوع : النحر ، والوتر ، وركعتا الضحىٰ »(١) ضعفه البيهقي وعبد الحق الإشبيلي وابن الجوزي وغيرهم ، وذكره ابن السكن في « سننه » الصحاح بلفظ : « ركعتا الفجر » بدل « النحر » ، ولم يوافق علىٰ تصحيحه ، وروى البيهقي أيضاً من حديث عائشة مرفوعاً : « ثلاث هن عليّ فريضة ولكم سنة : الوتر ، والسواك ، وقيام الليل » وضعفه البيهقي ، وقال : لم يثبت في هـٰذا إسناد(٢) .

٣٤٦٥ـ قوله : (**والوتر والتهجد**)(٣) فيه أمران :

أحدهما : أن كلامه صريح في أن الوتر غير التهجد ، وهو الذي ذكر الرافعي والنووي هنا : أنه **الأرجح**(٤) ، لكنهما قالا في (صلاة التطوع) : **إن الأشبه أن الوتر هو التهجد**(٥) .

ثانيهما : تبع في وجوب التهجد عليه الرافعي(٦) ، وحكاه النووي عن الجمهور ، ثم قال : وحكى الشيخ أبو حامد أن الشافعي نص علىٰ أنه نسخ وجوبه في حقه كما نسخ في حق غيره ، قال : وهـٰذا هو **الأصح أو الصحيح** ؛ ففي « صحيح مسلم » : عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه(٧) .

٣٤٦٦ـ قوله : (**وتخيير نسائه**)(٨) يفهم أنه ليس من الخصائص تحريم طلاقهن بعد ما اخترنه ،

---

(١) أخرجه أحمد (٢٠٥٠) ، والبيهقي في « سننه الكبرىٰ » (٤٢٤٨) ، وابن الجوزي في « التحقيق في أحاديث الخلاف » (٦٤٦) .

(٢) انظر « سنن البيهقي الكبرىٰ » (١٣٠٥١) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٥١) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٤٣٢/٧) ، و« الروضة » (٣/٧) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢٦/٢) ، و« الروضة » (٣٢٩/١) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٤٣١/٧) .

(٧) انظر « الروضة » (٣/٧) .

(٨) انظر « الحاوي » (ص ٤٥١) .

وكذا **صححه** في « أصل الروضة »[1] وفي « الشرح الصغير » ، وحكىٰ في « الكبير » **تصحيحه** عن الإمام[2] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يقتضيه كلام الشافعي في « الأم » تحريمه[3] ؛ وبه جزم الماوردي ، **وصححه** أبو الفرج الزاز ، وهو أقرب .

٣٤٦٧ـ قوله : (**والمشاورة**)[4] نص الشافعي علىٰ أنها غير واجبة عليه ، حكاه البيهقي في « المعرفة » عند ذكر استئذان البكر[5] .

٣٤٦٨ـ قوله : (**وتغيير المنكر**)[6] قال النووي : قد يقال : هـٰذا ليس من الخصائص ، بل كل مكلف تمكن من إزالته . . لزمه تغييره ، ويجاب عنه : بأن المراد : أنه لا يسقط عنه للخوف ؛ فإنه معصوم بخلاف غيره[7] .

٣٤٦٩ـ قوله : (**والزكاة علىٰ قريبيه**)[8] كذا الكفارة .

٣٤٧٠ـ قوله : (**ونكاح الكتابية**)[9] يفهم جواز تَسَرِّيه بالأمة الكتابية ، **وهو الأصح** ، وكلام الرافعي في « الشرح الصغير » يفهم خلافه .

٣٤٧١ـ قوله : (**ومدخولته لغيره**)[10] يفهم أنه يجوز لغيره نكاح زوجته التي فارقها في حياته قبل دخوله بها ، وهو الذي حكى الرافعي **تصحيحه** عن الشيخ أبي حامد ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه **الأظهر** ، والمحكي في الرافعي عن نص الشافعي في أحكام القرآن : التحريم مطلقاً[11] ، **ورجحه** النووي في زيادة « الروضة »[12] ، وقال ابن الصلاح : إنه ظاهر نص الشافعي وأشبه بظاهر القرآن .

٣٤٧٢ـ قوله : (**وينكح بالهبة**)[13] أي : بلفظ الهبة ، وهـٰذا من جهة الراغبة ، أما من جهته

---

(١) الروضة (٧/٥) .
(٢) فتح العزيز (٧/٤٣٤) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/١٢) .
(٣) الأم (٥/١٤٠) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٤٥١) .
(٥) معرفة السنن والآثار (٥/٢٤١) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٤٥١) .
(٧) انظر « الروضة » (٧/٤) .
(٨) انظر « الحاوي » (ص ٤٥١) .
(٩) انظر « الحاوي » (ص ٤٥١) .
(١٠) انظر « الحاوي » (ص ٤٥٢) .
(١١) فتح العزيز (٧/٤٥٧) ، وانظر « مختصر المزني » (ص ١٦٨) .
(١٢) الروضة (٧/١١) .
(١٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٥٢) .

عليه الصلاة والسلام.. فلا بد من لفظ النكاح **على الأصح في** « أصل الروضة »[1] ، ونقل الرافعي **ترجيحه** عن الشيخ أبي حامد[2] .

٣٤٧٣ـ قوله : (**وبإحرام**)[3] أي : ينكح وهو محرم ، قال الرافعي : إن كلام النقلة بترجيحه أشبه[4] ، **وصححه** النووي[5] ، لكن الماوردي إنما حكاه عن أبي الطيب بن سلمة ، ثم نسب إلىٰ سائر الأصحاب أنه في ذلك كغيره ، فلا ينعقد نكاحه في الإحرام[6] .

فصل

[حكم النكاح وسننه وبيان العورات]

٣٤٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٧] : (**من جاز له النكاح من الرجال وهو جائز التصرف ؛ فإن كان غير محتاج إليه.. كره له أن يتزوج ، وإن كان محتاجاً إليه.. استحب له أن يتزوج**) فيه أمور :

أحدها : أنه أخرج بقوله : (**من الرجال**) النساء ، واقتضىٰ أن حكمهن في ذلك ليس كحكم الرجال ، لكنه قال بعد ذلك : (**فان كانت لا تحتاج إلى النكاح.. كره لها أن تتزوج ، وإن كانت محتاجة إليه.. استحب لها أن تتزوج**)[7] فدل على استواء الصنفين في الاستحباب عند الحاجة ، والكراهة عند عدم الحاجة .

وقال الشيخ عماد الدين الزنجاني في « شرح الوجيز » المسمىٰ بـ « الموجز » : لم يتعرض الأصحاب للنساء ، والذي يغلب على الظن أن النكاح في حقهن أولىٰ مطلقاً ؛ لأنهن يحتجن إلى القيام بأمورهن والتستر عن الرجال ، ولم يتحقق فيهن الضرر الناشىء من النفقة .

ثانيها : أخرج بقوله : (**جائز التصرف**) غيره ، واقتضىٰ أن حكمه في ذلك يخالف حكم جائز التصرف ، قال في « الكفاية » : وهو ظاهر عند عدم الحاجة ؛ إذ لا يكره في حقه ، بل يجوز له ؛ رعاية للحظ ، وأما عند الحاجة.. فلا يطرد في كل محجور ؛ فإن استحبابه في حق السفيه كما في الرشيد ، وكذا العبد إذا خاف العنت ولم تندفع شهوته بالصوم .

قلت : والظاهر أن « التنبيه » إنما فصل بين جائز التصرف وغيره ؛ لأن جوازه لغير جائز التصرف

---

(١) الروضة (٧/٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٥٣) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٥٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٥٤) .
(٥) انظر « الروضة » (٧/٩ ، ١٠) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٤/١٢٤) ، (٩/٣٣٦) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٥٧) .

له شروط ، وفيه تفصيل ، وأما جوازه لجائز التصرف.. فلا شرط له ولا تفصيل فيه ، وهٰذا التفصيل بين الحاجة وعدمها ليس للجواز ، بل لقدر زائد عليه من الكراهة أو الاستحباب ، فالتقييد بجواز التصرف ليس لأجل هٰذا التفصيل ، بل للجواز المطلق ، وهٰذا التفصيل زيادة علىٰ ما اقتضاه المفهوم

ثالثها : أطلق الكراهة لغير المحتاج ، ومحله في صورتين :

إحداهما : إذا فقد الأهبة .

الثانية : إذا وجدها لكن كانت به علة ؛ كهرم أو مرض دائم أو تعنين ، فأما إذا وجد الأهبة ولا علة به.. فلا يكره له النكاح ، لكن التخلي للعبادة أفضل ، فإن لم يتعبد.. فالنكاح أفضل في الأصح ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » ، لكنه عبر بقوله : (**العبادة أفضل**)[1] واستصعب السبكي كون الخلاف بيننا وبين الحنفية في أن العبادة أفضل أو النكاح ، ورأىٰ أن العبادة أفضل قطعاً ، وقال : إنما محل الخلاف : التخلي للعبادة ، وهي عبارة الجمهور ؛ أي : جعل نفسه بالمرصاد لها ، فنحن نقول : هو أفضل ، والحنفية يقولون : النكاح أفضل ، **فالصواب** : التعبير : بأن التخلي للعبادة أفضل كما عبرت به ، ثم استثنى السبكي من قول أصحابنا : أن النكاح ليس عبادة : نكاح النبي صلى الله عليه وسلم ، قال : فإنه عبادة قطعاً ، ومن فوائده : نقل الشريعة المتعلقة بما لا يطلع عليه الرجال ، ونقل محاسنه الباطنة ؛ فإنه مكمل الظاهر والباطن ، وقال السبكي أيضاً : لم يزد الشافعي علىٰ أنه يُحِبُّ تركه ، ومحبة الترك لا تقتضي الكراهة .

رابعها : أطلق الاستحباب عند الحاجة ، وشرطه : أن يجد مع ذلك أهبة النكاح كما صرح به « الحاوي »[2] و« المنهاج » وقال : (**فإن فقدها.. استحب تركه**)[3] ، وكذا في « تصحيح التنبيه »[4] ، وفي « شرح مسلم » : أن النكاح في هٰذه الحالة مكروه ، وهو أبلغ في طلب الترك[5] ، وعبارة « المحرر » و« الروضة » : (**الأولىٰ** : ألاَّ ينكح)[6] ، وقال شيخنا ابن النقيب : وهي دون عبارة « المنهاج » و« التصحيح » في الطلب ، وفيه نظر ؛ فلا يظهر فرق بين قولنا : يستحب ترك النكاح وقولنا : **الأولىٰ** : ترك النكاح ، ثم قال ابن النقيب : وليس في الحديث تعرض للندب ولا للأولوية ، إنما اقتضىٰ عدم الطلب لا طلب العدم ، فلو قال : (فإن فقدها.. لم

---

(١) المنهاج (ص ٣٧٢) .
(٢) الحاوي (ص ٤٥٣) .
(٣) المنهاج (ص ٣٧٢) .
(٤) تصحيح التنبيه (٢/٧) .
(٥) شرح مسلم (٩/١٧٤) .
(٦) المحرر (ص ٢٨٨) ، الروضة (٧/١٨) .

يستحب) . . لكان أخصر وأحسن . انتهىٰ[1] .

ويرد علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**ندب لمحتاج ذي أهبة**) أنه يندب أيضاً لغير المحتاج إذا كان ذا أهبة ، ولا علة به ، وليس مشتغلاً بالعبادة **في الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » [ص ٣٧٢] ، وقال الغزالي في « الإحياء » : من اجتمع له فوائد النكاح من النسل والتحصين وغيرهما ، وانتفت عنه آفاته من تخليط في الكسب وتقصير في حقهن . . استحب له ، وعكسه العزلة له أفضل ، فإن اجتمعا . . اجتهد وعمل بالراجح[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يدل له نص الشافعي أنه إن كان تائقاً . . استحب له ، وإلا . . فهو مباح .

لم يقل بأنه مستحب ولا مكروه ، وهي طريقة أكثر العراقيين .

٣٤٧٥ـ قول « التنبيه » : [ص ١٥٧] (**والمستحب : ألاَّ يتزوج إلا من تجمع الدين والعقل**) المراد : قدر زائد علىٰ مناط التكليف ، وهو وفور العقل .

٣٤٧٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**بكر ، ولود**) يقال : كيف يجتمع هـٰذان الوصفان ؟ فإن البكر لا ولد لها .

ويجاب عنه : بأن ذلك يعرف من أقاربها ، وقيد الرافعي والنووي ترجيح البكر بما إذا لم يكن عذر[3] .

٣٤٧٧ـ قول « المنهاج » : [ص ٣٧٢] (**ليست قرابة قريبة**) هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**بعيدة**) ، وقد توقف فيه السبكي ؛ لعدم صحة الحديث الدال عليه ؛ فقد قال ابن الصلاح : لم أجد له أصلاً معتمداً .

قال السبكي : فلا ينبغي إثباته ؛ لعدم الدليل ، وقد زوج النبي صلى الله عليه وسلم فاطمة من علي رضي الله عنهما وهي قرابة قريبة ؛ لأنه ابن عم أبيها صلى الله عليه وسلم .

وعبارة « الكفاية » : (أن تكون غريبة) وهي تقتضي نفي القرابة وإن لم تكن قريبة ، وجزم في زيادة « الروضة » : بأن قرابته غير القريبة أولىٰ من الأجنبية[4] ، لكن في « البحر » و« البيان » عن النص : **الأولىٰ** : ألاَّ يتزوج من عشيرته ؛ لأن الغالب حينئذ على الولد الحمق[5] .

٣٤٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٢] : (**وإذا قصد نكاحها . . سن نظره إليها قبل الخطبة**) هو

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/٢٩٣) .
(٢) إحياء علوم الدين (٢/٣٤) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٦٧) ، و« الروضة » (٧/١٩) .
(٤) الروضة (٧/١٩) .
(٥) البيان (٩/١١٧) .

معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**إذا عزم علىٰ نكاحها**) لكنه لم يصرح بأنه قبل الخطبة ، فتصريح « المنهاج » أحسن .

قال في « المهمات » : وهو معارض بالحديث والمعنىٰ ، أما الحديث : فروى البيهقي عن جابر مرفوعاً : « إذا خطب أحدكم المرأة فقدر علىٰ أن يرىٰ منها ما يعجبه ويدعوه إليها . . فليفعل »[1] ، وأما المعنىٰ : فلأنها قد تعجبه ولا يجاب ، فيتضرر ، والحديث المذكور رواه أبو داوود ، فعزوه إليه أولىٰ ، وقال والدي رحمه الله : ما ذكره الرافعي أولىٰ[2] ؛ ويدل له : ما رواه ابن ماجه من حديث محمد بن مسلمة مرفوعاً : « إذا ألقىٰ في قلب امرئٍ خطبة امرأة . . فلا بأس أن ينظر إليها »[3] ، وروى ابن ماجه أيضاً عن أنس : أن المغيرة بن شعبة أراد أن يتزوج امرأة ، فقال النبي صلي الله عليه وسلم : « اذهب فانظر إليها »[4] ، ورواه أيضاً من حديث المغيرة ، قال : أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له امرأة أخطبها ، فقال : « اذهب فانظر إليها . . . » الحديث[5] .

٣٤٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**ولا ينظر غير الوجه والكفين**) علله الرافعي : بأن ما سواهما عورة[6] ، ومقتضاه : اختصاص هـٰذا الحكم بالحرة ؛ فإن **الأصح** : أنه ينظر من الأمة ما ينظره الرجل من الرجل ، فمع حاجة النكاح أولىٰ ، وبه صرح ابن الرفعة ، فقال : مفهوم كلامهم في الأمة الجواز إلىٰ ما ليس بعورة منها[7] .

٣٤٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٧] : (**والأولىٰ : ألاَّ يزيد على امرأة واحدة**) قيده النووي في « الروضة » بما إذا لم تكن حاجة ظاهرة[8] ، ومقتضاه : أنه إذا كان لا يقنع بواحدة ، لقوة شهوته . . استحب له الزيادة ، وقد ذكره الماوردي كما حكاه عنه الرافعي في (النفقات)[9] ، وجزم به الغزالي في « الإحياء »[10] .

٣٤٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٢] : (**ويحرم نظر فحلٍ بالغٍ إلىٰ عورة حرةٍ كبيرةٍ أجنبيةٍ ، وكذا وجهها وكفيها عند خوف الفتنة ، وكذا عند الأمن على الصحيح**) فيه أمور :

---

(١) أخرجه أبو داوود (٢٠٨٢) والبيهقي في « سننه الكبرىٰ » (١٣٢٦٥) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٦٩ ، ٤٧٠) .
(٣) سنن ابن ماجه (١٨٦٤) .
(٤) سنن ابن ماجه (١٨٦٥) .
(٥) سنن ابن ماجه (١٨٦٦) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٧٠) .
(٧) في (ج) : (مقتضىٰ تصحيح المصنف : أنها كالحرة ؛ لاستوائهما) .
(٨) الروضة (٧/١٩) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤١٧) ، و« فتح العزيز » (١٠/٤) .
(١٠) إحياء علوم الدين (٢/٣٠) .

أحدها : تبع في تصحيح التحريم عند الأمن « المحرر » فإنه قال : (إنه أولى الوجهين)[1] ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي » تحريم النظر[2] ، وحكىٰ في « الشرح الصغير » ترجيحه عن جماعة ؛ وعلله ، ولم ينقل مقابله عن أحد ، وذلك يفهم ترجيحه ، لكنه في « الكبير » قال : أكثر الأصحاب لا سيما المتقدمون علىٰ أنه لا يحرم ، بل يكره[3] ، وتبعه في « الروضة »[4] ، ووجهه الإمام باتفاق المسلمين علىٰ منع النساء من الخروج سافرات[5] ، وعن القاضي عياض عكسه[6] ، وهو أنه حكىٰ عن العلماء مطلقاً : أنه لا يلزمها ستر وجهها في طريقها ، بل يندب ، وعلى الرجال غض البصر .

قال شيخنا ابن النقيب : وإذا كان أكثر الأصحاب عليه .. لزمه في « المحرر » تصحيحه ، ثم إنه في الحقيقة ما صحح مقابله ، بل جعله أولىٰ ؛ فلعله رآه أولىٰ من حيث حسم الباب ، لا أنه المصحح في المذهب ، فينكر على المصنف التصريح بتصحيحه مع تضعيف مقابله الذي عليه الأكثر ؛ لتعبيره بالصحيح[7] .

وقال في « المهمات » : **الصواب** : الجواز ؛ لتصريحه في « الشرح » بأن الأكثرين عليه .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الترجيح بقوة المدرك **والفتوىٰ** علىٰ ما في « المنهاج » .

ثانيها : فرض الإمام الوجهين فيما إذا لم يظهر خوف فتنة[8] ، قال السبكي : وهو حسن ؛ فالأمن عزيز إلا ممن عصم الله .

قال في « التوشيح » : قد يقال : عدم ظهور الخوف أمن .

ثالثها : ظاهر كلامه : أن وجهها وكفيها غير عورة ، وإنما ألحقت بها في تحريم النظر ، وهو محتمل ، قد يقال ذلك ، وقد يقال : هو عورة في النظر دون الصلاة ، وقال الماوردي في (كتاب الصلاة) : عورتها مع غير الزوج كبرىٰ وصغرىٰ ، فالكبرىٰ ما عدا الوجه والكفين ، والصغرىٰ ما بين السُّرة والركبة ، فيجب ستر الكبرىٰ في الصلاة ، وكذا عن الرجال الأجانب والخناثىٰ ، والصغرىٰ عن النساء وإن قربن ، وكذا عن رجال المحارم والصبيان ، وهل عورتها مع الشيخ الهرم والمجبوب الكبرىٰ أو الصغرى ؟ وجهان[9] .

---

(١) المحرر (ص ٢٨٨) .
(٢) الحاوي (ص ٤٥٣) .
(٣) فتح العزيز (٧/ ٤٧١) .
(٤) الروضة (٧/ ٢١) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣١) .
(٦) في (ج) : (كلام القاضي عياض ضعيف ، والمعتمد : خلافه) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٢٩٩ ، ٣٠٠) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣١) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٢/ ١٧٠ ، ١٧١) .

٣٤٨٢ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**ومن أمة**) أي : يباح النظر إلى الأمة فيما عدا ما بين السرة والركبة ، والمراد : عند فقد الشهوة ، وتبع فيه الرافعي ؛ فإنه قال في « المحرر » و« الشرح الصغير » : إنه **الأظهر**[١] ، وحكىٰ في « الكبير » **تصحيحه** عن البغوي والروياني[٢] ، والمراد : الإباحة مع الكراهة ، وخالفه النووي ، فقال في « الروضة » : صرح صاحب « البيان » وغيره : بأن الأمة كالحرة ، وهو مقتضىٰ إطلاق كثيرين ، وهو **أرجح دليلاً**[٣] ، وفي « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**الأصح عند المحققين : أن الأمة كالحرة**) وفي الرافعي : أنه لا يكاد يوجد إلا في « الوسيط »[٤] .

٣٤٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٢] : (**وإلىٰ صغيرة إلا الفرج**) و« الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**والصبية لا الفرج**) جزم به الرافعي[٥] ، وقال النووي : نقل صاحب « العدة » الاتفاق عليه ، وليس كذلك ، بل قطع القاضي حسين في « تعليقه » بجواز النظر إلىٰ فرج الصغيرة التي لا تُشتهىٰ والصغير ، وقطع به في الصغير إبراهيم المَرُّوذِي ، وذكر المتولي فيه وجهين ، وقال : **الصحيح** : الجواز ؛ لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً ، وأن إباحة ذلك تبقىٰ إلىٰ بلوغه سن التمييز ، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس . انتهىٰ[٦] .

وقال ابن الصلاح : إن المانع كاد أن يخرق الإجماع ، وذكر الماوردي : أنها إذا جاوزت سبعاً . . حرم النظر إلى الفرج ، ويبقىٰ غيره إلىٰ عشر في الصبي وتسع في الصبية[٧] .

٣٤٨٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٣] عطفاً على **الأصح** : (**وأن نظر العبد إلىٰ سيدته ونظر ممسوحٍ كالنظر إلىٰ مَحْرَم**) فيه أمور :

أحدها : كذا حكى الرافعي **تصحيحه** عن الأكثرين[٨] ، وقال النووي : هو **المنصوص** وظاهر الكتاب والسنة ، وإن كان فيه نظر من حيث المعنىٰ[٩] ، **وصحح** في « نكت » له على « المهذب » : التحريم ، وكذا **صححه** ابن الرفعة في « المطلب » والسبكي .

---

(١) المحرر (ص ٢٨٨) .
(٢) فتح العزيز (٧/ ٤٧٤) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٢٣٨) .
(٣) الروضة (٧/ ٢٣) ، وانظر « البيان » (٩/ ١٣٢) .
(٤) فتح العزيز (٧/ ٤٧٤) ، وانظر « الوسيط » (٥/ ٣٥) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٤) .
(٦) انظر « الروضة » (٧/ ٢٤) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (٢/ ١٧٤ ، ١٧٥) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٤) .
(٩) انظر « الروضة » (٧/ ٢٣) .

ثانيها : محل ذلك : ما إذا لم تكاتبه كما حكاه في « الروضة » عن القاضي حسين[1] ، ويوافقه تصريح الرافعي في عكسه ، وهو مكاتبة الرجل أمته : بأنه لا يحل له النظر إليها[2] ، لكن جوز أبو نصر أبي القاسم القشيري نظره إليها ولو كاتبته ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن نص الشافعي ، وخرج في « المطلب » فيه وجهين ، وقال : لم أر المحكي عن القاضي حسين في « تعليقه » ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يطلقه القاضي ، بل قال : إن كان معه وفاء.. فتحتجب منه ، وإلا . . فلا .

ثالثها : محله أيضاً : في العبد الثقة دون الفاسق كما ذكره البغوي في « تفسيره » ، وفي المرأة الثقة أيضاً كما ذكره المهدوي في « تفسيره » ، وهو معدود من الشافعية ، وكذا قيد الواحدي والكواشي الآية بأن يكونا عفيفين[3] .

رابعها : اقتصر علىٰ جواز النظر ، والخلوة في معناه ، وقد صرح بجوازها صاحبا « المهذب » و« البيان »[4] ، وكذا السفر بها ، وقد صرح به المرعشىٰ في « ترتيب الأقسام » وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يقوىٰ جواز النظر دون الخلوة ، والمسافرة محل نظر . انتهىٰ .

والذي في « الروضة » وأصلها : أنه مَحْرَم لها عند الأكثرين[5] ، ومقتضاه : جواز النظر والخلوة والسفر ، بل جواز اللمس ، وأنه غير ناقض ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال في « المهمات » : **الصواب** : التعبير بجواز الخلوة والنظر ونحوهما ، لا بالمحرمية .

خامسها : خرج بالعبد : المبعض ؛ فهو كالأجنبي ، وقد صرح به الماوردي[6] ، ويوافقه جزم الرافعي والنووي بتحريم نظر الشريك من المشتركة لما بين سرتها وركبتها[7] .

سادسها : قال السبكي : **الصحيح عندي** : أن نظر الممسوح إلى الأجنبية كنظر الفحل . انتهىٰ .

ويتقدير جوازه.. فينبغي تقييده بعفته وعفة المنظور إليها كما تقدم في عبد المرأة ، وقال المتولي : إن كان له ميل إلى النساء.. حرم ، وإلا . . فكالشيخ الهرم .

٣٤٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**وأن المراهق**

---

(١) انظر « الروضة » (٧/ ٢٣) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٦) .

(٣) تفسير البغوي (٣/ ٣٣٩) .

(٤) المهذب (٢/ ٣٤) ، البيان (٩/ ١٣٠) .

(٥) فتح العزيز (٧/ ٤٧٣ ، ٤٧٤) ، الروضة (٧/ ٢٣) .

(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٢/ ١٧٢) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٩ ، ٤٨٠) ، و« الروضة » (٧/ ٢٧) .

كالبالغ) قال الرافعي : معناه : أنه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه كما أنه يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً ، وأما الصبي . . فلا تكليف عليه[1] ، وقال النووي : إذا جعلناه كالبالغ . . لزم الولي أن يمنعه النظر كالزنا وكل محرم[2] ، وقال الإمام : إن لم يبلغ أن يحكي ما يراه . . فهو كالعدم ، وإن بلغه دون ثوران شهوة . . فهو كالمحرم ، وإن كان . . فكالبالغ الأجنبي[3] ، وحينئذ . . فلا ينبغي التعبير بعبارة تقتضي التحريم ، فلو عبر بالمنع . . لكان أحسن .

٣٤٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**ويحرم نظر أمرد بشهوة**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا معنىٰ لتخصيص تحريم النظر بشهوة بالأمرد ؛ فالملتحي يحرم النظر إليه بشهوة أيضاً ، وقد قال قبل ذلك : (**ويحل نظر رجل إلىٰ رجل**)[4] ولما ذكر الشهوة . . قيد بالأمرد ، وذلك يقتضي أن الكلام الأول علىٰ إطلاقه ؛ وكأنه إنما ذكر ذلك توطئة لما بعده من تحريم النظر إليه بغير شهوة أيضاً .

ثانيها : قال السبكي : المراد من الشهوة : أن يكون النظر لقصد قضاء وطر فيها ، بمعنىٰ : أن الشخص يحب النظر إلى الوجه الجميل ويلتذ به ، قال : فإذا نظر ليلتذ بذلك الجمال . . فهو النظر بشهوة ، وهو حرام ، قال : وليس المراد : أن يشتهي زيادة علىٰ ذلك من الوقاع ومقدماته ؛ فإن ذلك ليس بشرط بل زيادة في الفسوق ، قال : وكثير من الناس لا يقدمون علىٰ فاحشة ويقتصرون علىٰ مجرد النظر والمحبة ، ويعتقدون أنهم سالمون من الإثم ، وليسوا سالمين .

ثالثها : لا يختص التحريم بحالة الشهوة ، بل لو انتفت وخيف الفتنة . . حرم النظر أيضاً كما حكاه الرافعي عن الأكثرين[5] ، ولهـٰذا قال « الحاوي » عطفاً على الجائز [ص ٤٥٣] : (**وأمرد بغير شهوة وأمن**) أي : ومع الأمن ، وقد تفهم عبارته أنه معطوف علىٰ شهوة ؛ أي : بغير شهوة وبغير أمن ، وليس كذلك ؛ فهو إما معطوف علىٰ (غير) أو (الواو) فيه بمعنىٰ : (مع) .

رابعها : قوله من زيادته : (**وكذا بغيرها في الأصح المنصوص**)[6] نازعه في « المهمات » في العَزْوِ للنص ، وقال : الصادر من الشافعي علىٰ ما بينه في « الروضة » : إنما هو إطلاق يصح حمله علىٰ حالة الشهوة .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٣) .

(٢) انظر « الروضة » (٧/ ٢٢) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣٦) .

(٤) المنهاج (ص ٣٧٣) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٦) .

(٦) المنهاج (ص ٣٧٣) .

قلت : عبارة « الروضة » : أطلق صاحب « المهذب » وغيره : أنه يحرم النظر إلى الأمرد بغير حاجة ، ونقله الداركي عن نص الشافعي[١] .

فإن أراد نقل الإطلاق . . صح ما قاله في « المهمات » ، وإن أراد نقل النص . . صحت عبارة « المنهاج » .

خامسها : ظاهر إطلاقه : أنه لا فرق في الأمرد بين أن يكون جميلاً أم لا ، وقال السبكي : إنه محتمل ، لعدم انضباط الحسن ، قال : ولكن الظاهر الأول ، وعليه يدل كلام الأكثر ، وإليه يرشد تبويب النووي في « رياض الصالحين »[٢] ، قال السبكي : وهٰذا القيد منتف في النساء ؛ لأن في الطباع الميل إليهن ، فضبط بالأنوثة ، وذلك مفقود فيما بين الرجال إلا في الأمرد الحسن .

قلت : وقيده القاضي حسين والمتولي بالجميل الوجه ، الناعم البدن ، وحرر السبكي موضع الخلاف ، وحصره في جميل يمكن الافتتان به ، فعند النووي : يحرم وإن انتفت الفتنة والشهوة اعتباراً بالمنظور إليه[٣] ، وعند الرافعي : يجوز ؛ اعتباراً بالناظر[٤] ، واستشكل إيجاب الغض عن الأمرد مطلقاً ، وقال الغزالي في « الإحياء » : من يتأثر قلبه بجمال الأمرد بحيث يدرك الفرق بينه وبين الملتحي ـ أي : من حيث الشهوة ـ . . فلا يحل له النظر[٥] .

٣٤٨٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**كللمرأة**) أي : كما لا يحرم نظر المرأة إلى المرأة إلا فيما بين السرة والركبة ، يتناول نظر الذمية للمسلمة ، وهو الذي **صححه** الغزالي[٦] ، **وصحح** البغوي تحريمه ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿أَوْ نِسَآئِهِنَّ﴾ وليست الذمية من نسائهن[٧] ، وتبعه النووي[٨] ؛ ولهٰذا قال في « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**الأصح : تحريم نظر ذمية إلىٰ مسلمة**) وفي « المحرر » : (أنه الأحوط)[٩] ، وفيه أمور :

أحدها : أن التحريم لا يختص بالذمية ، بل يحرم على المسلمة كشف وجهها لها ، وقد صرح به النووي في « فتاويه »[١٠] ، وإذا لم يخاطب الكفار بفروع الشريعة . . اختص التحريم بالمسلمة .

---

(١) الروضة (٧/٢٥) ، وانظر « المهذب » (٢/٣٤) .
(٢) رياض الصالحين (ص ٣٠٠) .
(٣) انظر « الروضة » (٧/٢٤ ، ٢٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٧٦) .
(٥) إحياء علوم الدين (٣/١٠٢) .
(٦) انظر « الوسيط » (٥/٣٠) .
(٧) انظر « التهذيب » (٥/٢٣٦) .
(٨) انظر « الروضة » (٧/٢٥) .
(٩) المحرر (ص ٢٨٩) .
(١٠) فتاوى النووي (ص ١٣٣) مسألة (٢٢٤) .

ثانيها : يستثنىٰ من الذمية : مملوكة المسلمة فيباح لها النظر لها كما ذكره النووي في « فتاويه »[1] ، وكلام البغوي في « تفسيره » يقتضيه[2] .

ثالثها : ويستثنىٰ منها أيضاً : محرمها ؛ كبنتها أو أمها . . فيباح لها النظر إليها كما دل عليه كلام القاضي حسين ؛ حيث فرض الخلاف في الأجانب ، وأما القريبة ؛ كبنت العم وبنت الخال ونحوهما . . فهل يجري عليها حكم نساء المحارم أم نساء الأجانب ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأقرب** : الثاني .

رابعها : لا يختص ذلك بالذمية ، بل سائر الكافرات كذلك كما حكاه في «الروضة» عن صاحب «البيان»[3] ، بل ذكر الشيخ عز الدين بن عبد السلام في « تفسيره » : أن الفاسقة كالذمية في ذلك ، ونازعه شيخنا الإمام البلقيني فيه ، وقال : هي من المؤمنات ، والفسق لا يخرجها عن ذلك .

خامسها : ذكر الرافعي والنووي أن **الأشبه** : أن الذي يحرم نظر الذمية له من المسلمة هو ما لا يبدو في حال المهنة ، ولها النظر إلىٰ ما يبدو في المهنة ، بعد أن نقلا عن الإمام : أنها كالرجل الأجنبي[4] ، وتقدم قول النووي في « فتاويه » : أنه يحرم على المسلمة كشف وجهها للذمية[5] ، وهو موافق لكلام الإمام[6] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **الأصح** ، قال : وبه جزم القاضي حسين وغيره .

سادسها : أما عكسه ، وهو نظر المسلمة للذمية . . فمقتضىٰ كلام الأصحاب : جوازه ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : عندي فيه وقفة إن قيل : أو نسائهن في الناظرة والمنظورة .

٣٤٨٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**ومن الرجل**) أي : لا يحرم نظر المرأة للرجل إلا فيما بين السرة والركبة ، تبع فيه الرافعي[7] ، وصحح النووي تحريم نظرها إليه كنظره إليها[8] ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**قلت : الأصح : التحريم كَهُوَ إليها**) ويوافقه قول الرافعي في (شروط الصلاة) : إنه يحرم عليها النظر إلىٰ شعره ، وإذا قلنا بالإباحة . . فشرطها عدم خوف الفتنة ، وقد صرح به « المنهاج »[9] .

---

(١) فتاوى النووي (ص ١٣٣) مسألة (٢٢٤) .
(٢) تفسير البغوي (٣/ ٣٣٩) .
(٣) البيان (٩/ ١٢٧) ، الروضة (٧/ ٢٥) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣٠) ، و« فتح العزيز » (٧/ ٤٧٧) ، و« الروضة » (٧/ ٢٥) .
(٥) فتاوى النووي (ص ١٣٣) مسألة (٢٢٤) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣٠) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٧٧) .
(٨) انظر « الروضة » (٧/ ٢٥) .
(٩) المنهاج (ص ٣٧٣) .

٣٤٨٩ـ قوله : (ومتىٰ حرم النظر . . حرم المس)[(١)] قال السبكي : إن تعبير « المحرر » بـ (حيث)[(٢)] أحسن منه ؛ لأن (حيث) اسم مكان ، والمقصود هنا : أن المكان الذي يحرم نظره يحرم مسه ، و(متىٰ) اسم زمان ، وليس مقصوداً هنا .

قال شيخنا ابن النقيب : وقد يقال : إن الزمان أيضاً مقصود ؛ فإن الأجنبية يحرم نظرها ، فإذا عقد عليها . . جاز ، فإذا طلقها . . حرم ، وكذلك الطفلة على العكس ؛ ولذلك استثنىٰ زمان المداواة والمعالجة . انتهىٰ[(٣)] .

ويستثنىٰ منه : جواز مس الرجل فرج زوجته أو أمته قطعاً ، مع تحريم النظر إليه علىٰ وجه ، ومفهومه : أنه لا يلزم من تحريم المس تحريم النظر ، وهو كذلك ، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر ، بل حكى الرافعي عن العبادي ، عن القفال : أنه لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها ، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ، ولا أن يقبل وجهها ، ولا أن يأمر ابنته أو أخته بغمز رجله[(٤)] ، وفصل السبكي في ذلك ؛ فجوز ما كان منه لحاجة أو شفقة ، وحرم ما كان لشهوة ، قال : وبينهما مراتب متفاوتة ؛ فما قرب إلى الأول . . ظهر جوازه ، أو إلى الثاني . . ظهر تحريمه ، وعبارة « الروضة » تقتضي أنه يحرم مس يد الأم ، وهو خلاف الإجماع ؛ فإنه قال عطفاً على المحرم : ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم[(٥)] ، وعبارة الرافعي عطفاً علىٰ ما لا يجوز : ولا مس كل ما يجوز النظر إليه من المحارم[(٦)] ، وهي عبارة صحيحة ، ومقتضاها : أنه لا يجوز مس الكل ، بل البعض ؛ كقولنا : لا يجوز أن يتزوج كل امرأة : وهو المسمىٰ بسلب العموم ، فعبر النووي بالإثبات ، فقال : يحرم ، وأسنده إلىٰ كل فرد ، وهو المسمىٰ عموم السلب ، فوقع في الغلط ، ذكره في « المهمات » .

وفي « شرح مسلم » للنووي : أن مس رأس المحرم وغيره مما ليس بعورة مجمع علىٰ جوازه[(٧)] ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**وحرم للذكر مس شيء من المرأة ـ شعرها وغيره ـ وإن أبين ، والنظر لا لحاجةٍ** . . . إلىٰ آخره) ومقتضاها : تسوية المس والنظر إثباتاً ونفياً ، ويرد عليه ما تقدم .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٣) .
(٢) المحرر (ص ٢٨٩) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/٣٠٩ ، ٣١٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٨٠) .
(٥) الروضة (٧/٢٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٨٠) .
(٧) شرح مسلم (١٣/٥٨) .

٣٤٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**ويباحان لفصدٍ وحجامةٍ وعلاجٍ**) هي داخلة في الحاجة التي ذكرها « الحاوي »[1] ، وله شروط :

أحدها : أن يكون ذلك بحضور محرم أو زوج ، قال شيخنا الإمام البلقيني : والمراد : أن يكون هناك من يمنع حصول الخلوة كما هو مذكور في العدد .

ثانيها : يشترط في معالجة الرجل للمرأة : فقد امرأة تعالجها ، وفي معالجة المرأة للرجل : فقد رجل يعالجه كما **صححه** النووي[2] ، وحكاه الرافعي عن أبي عبد الله الزبيري والروياني خلافاً لابن القاصّ[3] .

ثالثها : يشترط أيضاً : ألاَّ يكون ذمياً مع وجود مسلم كما في زوائد « الروضة » عن القاضي حسين والمتولي[4] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : اللائق بالترتيب أن يقال : إن كانت العلة في الوجه . . سومح بذلك كما في المعاملة ، وإن كانت في غيره ؛ فإن كانت امرأة . . فيعتبر وجود امرأة مسلمة ، فإن تعذرت . . فصبي مسلم غير مراهق ، فإن تعذر . . فصبي غير مراهق كافر ، فإن تعذر . . فامرأة كافرة ، فإن تعذرت . . فمحرمها المسلم ، فإن تعذر . . فمحرمها الكافر ، فإن تعذر . . فأجنبي مسلم ، فإن تعذر . . فأجنبي كافر .

رابعها : أصل الحاجة كاف في نظر الوجه والكفين ، ويعتبر في غير ذلك تأكدها وهو مبيح التيمم ، قاله الإمام[5] ، وفي الفرج مزيد تأكيد ، وهو ما لا يعد الكشف له هتكاً للمروءة ، قاله الغزالي[6] ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**ومؤكدها في السوأة**) .

٣٤٩١ـ قول « المنهاج » من زيادته [ص ٣٧٣] : (**ويباح النظر لمعاملةٍ وشهادةٍ وتعليمٍ ونحوها بقدر الحاجة**) وهو داخل في تعبير « الحاوي » [ص ٤٥٣] بـ (**الحاجة**) وفيه أمور :

أحدها : أن الرافعي والنووي اقتصرا في هـٰذه الصورة على النظر إلى الوجه[7] ، **وصحح** الماوردي أنه إذا حصلت معرفتها ببعض الوجه . . وجب الاقتصار عليه ، ولم يجز رؤية جميعه ، وحكاه الروياني عن الجمهور ، فإن لم يعرفها إلا بالكل أو بالتكرار . . فعل ؛ ولعل قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**بقدر الحاجة**) و« الحاوي » [ص ٤٥٣] : (**بحاجة**) يوافق ذلك .

---

(١) الحاوي (ص ٤٥٣) .
(٢) انظر « الروضة » (٧/ ٢٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٨٢) .
(٤) الروضة (٧/ ٣٠) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣٦) .
(٦) انظر « الوسيط » (٥/ ٣٧) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٨١) ، و« الروضة » (٧/ ٢٩) .

وقال في « المهمات » : إن الاقتصار على الوجه غير مستقيم ؛ فقد تقدم أنه يجوز النظر إلى الكفين عند الأكثرين لا لحاجة ، فكيف مع هٰذه الحاجة ؟ وهو مردود ، وكيف ينظر زيادة على الوجه وهو غير محتاج إليه ؟! فإن المعرفة بالوجه خاصة .

ثانيها : محل ذلك : عند أمن الفتنة ، فلو خافها . . قال الرافعي في (الشهادات) : يشبه أن يقال : إن لم يتعين . . لم ينظر ، وإن تعين . . فينظر ويضبط نفسه . انتهىٰ[1] .

ولم يتعرضوا لما إذا انضم لخوف الفتنة قيام الشهوة ، وقال السبكي فيما إذا تعين : هو مشكل ، والذي أراه : أنه ينظر ؛ فإن عصم ، وإلا . . وقع في الإثم ، وجعله ذا وجهين : يأثم بالشهوة ، ويؤجر بالتحمل ، وحكىٰ في « التوشيح » : جواز النظر مع الشهوة عند التعين عن الماوردي والرافعي وابن الرفعة ، والظاهر أنه وهم .

ثالثها : ما ذكره في جواز النظر للتعليم يخالفه ما سيأتي في « المنهاج » في (**الصداق**) : أنه لو أصدقها تعليم قرآن وطلق قبله . . **فالأصح** : تعذر تعليمه[2] ، وقال السبكي هناك : لعل الجمع بين الكلامين أن هنا أموراً أخرىٰ أوجبت التعذر ؛ منها : أنه لو أصدق تعليم كل القرآن . . فنصفه وإن عرف من حيث عدد الحروف . . فيختلف سهولة وصعوبة ، وحكى الماوردي وجهين في أن القرآن هل يتجزىء في كلماته وحروفه التي جزأه السلف عليها أم لا ؟ لتشابهه وصعوبة بعضه ، فعلى الأول : يعلمها النصف دون الثاني ، وقال السبكي هنا : كشفت كتب المذهب فإنما يظهر جواز النظر للتعليم فيما يجب تعلمه وتعليمه كـ(الفاتحة) ، وما يتعين من الصنائع بشرط التعذر من وراء حجاب ، وأما غير ذلك . . فإن كلامهم يقتضي المنع ، ثم استشهد بالمذكور في (الصداق) .

رابعها : قال شيخنا الإمام البلقيني : لم يقيدوا المعاملة والشهادة بألاَّ يوجد من محارمها من يعاملها ، ويشهد عليها ، وألاَّ توجد امرأة تعاملها ؛ وكأنهم سامحوا في ذلك ؛ لتعلقه بالوجه خاصة .

قلت : الشهادة لا تختص بالوجه ؛ فإنه يجوز النظر للفرج لتحملها على الزنا والولادة ، وللثدي للشهادة على الرضاع **على الأصح** .

٣٤٩٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وللزوج النظر إلىٰ كل بدنها**)[3] يستثنىٰ منه : حلقة الدبر ، فحكي عن الدارمي : أنه لا يجوز النظر إليها ؛ لأنها ليست محل استمتاعه ، وعبارة « الحاوي » مصرحة بخلافه ؛ حيث قال : (**حتى السوءة بكرهٍ**)[4] ، وقال في

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٦٤) .
(٢) المنهاج (ص ٤٠١) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٥٩) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٣) .
(٤) الحاوي (ص ٤٥٤) .

« التوشيح » : لم يذكره الوالد في « شرح المنهاج » فلعله لم يرضه .

٣٤٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**وقيل : لا ينظر إلى الفرج**) خصه الفارقي بغير حالة الجماع ، وقال : يجوز عند الجماع قطعاً ، وحكاه صاحب « المعين » اليمنىٰ عن الشيباني ، وفيه نظر ؛ فإن الحديث الذي استدل به للتحريم مصرح بحالة الجماع ، ولفظه : « لا ينظرن أحد منكم إلىٰ فرج زوجته ولا فرج جاريته إذا جامعها ؛ فإن ذلك يورث العمىٰ » رواه البيهقي بسند ضعيف[١] ، ويخرج من كلام السبكي احتمال بعكسه ، وهو تخصيص التحريم بحالة الجماع ؛ فإنه قال : لفظه مقيد بحالة الجماع ، واختلفوا هل يورث عمى الناظر أو الولد ؟ فحيث لا وطء ولا ولد . . قد يقال بالتخصيص فيه .

٣٤٩٤ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥٤] : (**وملكٍ**) أي : يجوز النظر إلىٰ بدن المملوكة ، والمراد : الملك الذي يجوز الاستمتاع معه ؛ لتخرج المرتدة والمجوسية والوثنية والمزوجة والمكاتبة والمشتركة ؛ فإنه لا يجوز النظر فيهن إلىٰ ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما زاد **على الصحيح** ، كذا في « الروضة »[٢] وأصلها[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الصواب** في المشتركة والمبعضة : أنه يقضي عليهما بحكم الأجانب ، وقد قال الماوردي في عبدها المبعض : إن عليها ستر عورتها الكبرىٰ عنه لا يختلف أصحابنا فيه ، وذكر قبل ذلك : أن العورة : الكبرىٰ جميع البدن غير الوجه والكفين[٤] .

٣٤٩٥ـ قوله : (**وفي المشكل يحتاط**)[٥] أي : في نظره والنظر إليه ، فيجعل مع النساء رجلاً ومع الرجال امرأة ، كذا **صححه** الرافعي ، وتبعه النووي ، ثم حكيا عن القفال جواز نظره والنظر إليه مطلقاً ؛ استصحاباً لحكم الصغر ، وزاد النووي : أنه قطع به الفوراني والمتولي وإبراهيم المروذي ، ونقله المروذي عن القاضي . انتهىٰ[٦] .

وهـٰذا قد يفهم ترجيحه وإن لم يصرح به ، ويوافقه **تصحيح** النووي في « شرح المهذب » : أنه يغسله بعد موته الرجال والنساء[٧] ، وعليه مشى « الحاوي » في بابه[٨] ، وليس ذلك في « الروضة »

---

(١) انظر « سنن البيهقي الكبرىٰ » (١٣٣١٨) .

(٢) الروضة (٢٣/٧) .

(٣) فتح العزيز (٤٧٦/٧) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٧٠/٢) .

(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٥٤) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٤٨٢/٧ ، ٤٨٣) ، و« الروضة » (٢٩/٧) .

(٧) المجموع (١٢١/٥) .

(٨) الحاوي (ص ٢٠٢) .

وأصلها ، إنما فيهما وجهان بلا ترجيح في أنه يغسل أو يتيمم ، **ثم صححا** تفريعاً علىٰ غسله : أنه يغسله الرجال والنساء[1] .

فَصْلٌ

[في استحباب الخطبة وما يتعلق بها]

٣٤٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**تحل خطبة خليَّةٍ عن نكاحٍ وعدَّةٍ**) فيه أمران :

أحدهما : أنه اقتصر علىٰ حلها ، وعبارة « الحاوي » **تقتضي الاستحباب** ؛ فإنه قال : (**ندب لمحتاج ذي أهبة نكاح**) إلىٰ أن قال : (**بخطبة**)[2] فجعل الخطبة داخلة في حيز الندب ، وصرح به في « الوجيز »[3] و« التعجيز » و« شرحه » .

قال الرافعي والنووي : ويمكن أن يحتج له بفعل النبي صلى الله عليه وسلم ، وما جرىٰ عليه الناس ، لكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب وإنما ذكروا الجواز[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : في كلام الشافعي والأصحاب استحبابها ؛ لأنهم ذكروا استحباب النكاح ، ومن ضرورته عادة تقدم خطبة .

ثانيهما : أنه لم يعتبر في حل الخطبة سوىٰ خلو المخطوبة عن نكاح وعدة ، ولا بد من خلوها أيضاً عن الاستبراء المانع من التزويج ، ومقتضاه : جواز الخطبة ولو كان في نكاح الخاطب أربع ، لكن صرح الماوردي بتحريمه ، قال شيخنا ابن النقيب : وقياسه تحريم خطبة من يحرم الجمع بينها وبين زوجته[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني في من في نكاحه أربع : لم أقف فيه علىٰ نقل ، **والأقرب** : الجواز إذا كان القصد أنها إذا أجابت . . أبان واحدة وتزوج بها ، قال : وقياسه يجري في زوج يخطب أخت زوجته ، وفي هـٰذا بعد . انتهىٰ .

٣٤٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] و« الحاوي » [ص ٤٥٤] ـ والعبارة له ـ : (**وحرم صريح خطبة المعتدة**) محله : في غير صاحب العدة ، أما صاحبها الذي يحل له نكاحها . . فله التصريح بخطبتها ، وقد صرح به « التنبيه » فقال [ص ١٦١] : (**وإن خالعها زوجها فاعتدت منه . . لم يحرم علىٰ زوجها التصريح بخطبتها**) وقد اعترض علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**وإذا طلقت المرأة ثلاثاً**

---

(١) فتح العزيز (٤٠٥/٢ ، ٤٠٦) ، الروضة (١٠٥/٢) .
(٢) الحاوي (ص ٤٥٣) .
(٣) الوجيز (٦/٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٤٨٣/٧) ، و« الروضة » (٣٠/٧) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣١٥/٥) .

أو توفىٰ عنها زوجها فاعتدت منه . . حرم التصريح بخطبتها) بأنه لا معنىٰ لذكر العدة في المتوفىٰ عنها ؛ فإنها لا تنفك عن العدة .

٣٤٩٨ـ قوله في المختلعة : (**وفي التعريض قولان ، أحدهما : يحرم ، والثاني : لا يحرم**)[١] **الأظهر** : أنه لا يحرم ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٤٥٤] (**والتعريض للرجعية**) وداخل في قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**وكذا** ـ أي : يحل تعريض ـ **لبائن في الأظهر**) ومقتضىٰ كلامه : التسوية بين البائن بالثلاث وما دونها في جريان القولين ، وليس كذلك ؛ **فالأصح** : القطع في البائن بالثلاث ، وكل من ليس لصاحب العدة نكاحها ؛ كاللعان والرضاع بجواز التعريض بخطبتها ، والقولان في البائن بدون الثلاث أو بفسخ ؛ ولهٰذا خص « التنبيه » القولين بالمختلعة ، وجزم في المطلقة ثلاثاً بجواز التعريض بخطبتها كالمتوفىٰ عنها ، فكان ينبغي للمنهاج فصل البائن بالثلاث والتعبير فيها بالمذهب ، وفي « البحر » عن « الأم » : لو قال : عندي جماع يرضي من جومعت . . فهو تعريض محرم[٢] ، وهٰذا يدل علىٰ أن بعض التعريض حرام ، وقال بعضهم : التعريض بالجماع تصريح بالخطبة .

٣٤٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١ ، ١٦٢] : (**ويحرم على الرجل أن يخطب علىٰ خطبة أخيه إذا صرح له بالإجابة**) فيه أمور :

أحدها : تبرك بلفظ الحديث في التعبير بأخيه ، لكنه مخرج للذمي ، **والأصح** : أنه في ذلك كالمسلم ، فتحرم الخطبة علىٰ خطبته خلافاً لابن حربويه ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » و« الحاوي » تحريم الخطبة على الخطبة[٣] .

ثانيها : محل ذلك : ما إذا لم يأذن له كما صرح به « المنهاج »[٤] ، ولم يتعرض له « الحاوي » ، وكذا إذا ترك الخطبة ورغب عنها كما في « الروضة » وأصلها[٥] .

ثالثها : أبهم « التنبيه » و« المنهاج » المعتبر تصريحه بالإجابة ، وهو الولي المجبر إن كانت مجبرة ، والسيد إن كانت رقيقة ، والمرأة إن انتفى الإجبار والرق ، والسلطان في المجنونة ، وقد صرح به « الحاوي » [ص ٤٥٤] فقال : (**أجاب المجبر أو غير المجبرة أو السلطان في المجنونة نطقاً**) وأورد في « المهمات » ما إذا كان الخاطب غير كفء . . فالنكاح متوقف علىٰ رضا الولي والمرأة معاً ، فالمعتبر في تحريم الخطبة إجابتها ، وأن اعتبار إجابة المجبر مبني علىٰ أنه المجاب فيما إذا عين كفئاً وعينت غيره ، **وهو الأصح** .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٦١) .
(٢) الأم (٥/ ٣٧) .
(٣) الحاوي (ص ٤٥٤) ، المنهاج (ص ٣٧٣) .
(٤) المنهاج (ص ٣٧٣) .
(٥) فتح العزيز (٧/ ٤٨٤) ، الروضة (٧/ ٣١) .

رابعها : أن مقتضىٰ عبارتهما إجابة البكر نطقاً كغيرها ، وبه صرح « الحاوي »[1] ، لكن نص الشافعي على الاكتفاء بسكوتها ، فقال : فوجدنا الدلالة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم علىٰ أن النهي أن يخطب الرجل علىٰ خطبة أخيه إذا كانت المرأة راضية ، ورضاها إذا كانت ثيباً . أن تأذن بالنكاح بنعم ، وإن كانت بكر . . أن تسكت ، فيكون ذلك إذناً ، حكاه في « المهمات »[2] .

خامسها : يرد على الثلاثة : أنه لا بد مع الإجابة من الإذن للولي في تزويجها له ، فإن لم تأذن له في ذلك . . فلا تحرم ، نص عليه في « الأم » وفي « الرسالة » كما في « المهمات »[3] ، والذي في « أصل الروضة » الاكتفاء بأحدهما[4] .

سادسها : يرد عليهم أيضاً : أن شرط التحريم : أن تكون الخطبة الأولىٰ جائزة ، فإن كانت محرمة ؛ كالتي في العدة . . لم تحرم الخطبة عليها ، ذكره في « البحر » ، وكذا لو خطب خمساً مرتباً فأَذِنَّ . . قال الصيمري : تحل الخامسة ، **واختار النووي** تحريم الجميع ؛ فإنه قد يرغب في الخامسة[5] .

سابعها : شرط تأثير إذنها في التحريم : أن يكون لمعين ، فلو أذنت لوليها أن يزوجها بمن شاء . . جاز وحل لكل أحد خطبتها علىٰ خطبة غيره ، نص عليه كما حكاه في « البحر » .

ثامنها : قال في « المهمات » : نصوا على استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال ، فيأتي في التحريم ما سبق في المرأة .

قلت : إذا خطبت المرأة الرجل وأجابها إلى التزويج بها . . لم يمتنع على امرأة أخرىٰ خطبته ؛ لأن جمعه بين امرأتين لا مانع منه ؛ فلعل صورته : أن تكون المجابة يكمل بها العدد الشرعي ، أو يكون لا يريد إلا تزوج واحدة وفي خطبة الثانية له إذا أجابها الامتناع من تزوج الأولى التي أجابها قبل ذلك بمقتضىٰ ما يريد فعله ، وإن لم يكن ممنوعاً منه شرعاً .

وقد أورد على « الحاوي » : أنه لم يعتبر صريح الإجابة ، ومقتضاه : الاكتفاء بالتعريض بها ، **وأصح القولين** خلافه كما صرح به « التنبيه »[6] .

وجوابه : أن التعريض ليس إجابة .

٣٥٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٣] : (**فإن لم يجب ولم يُرَدَّ . . لم يحرم في الأظهر**) عبارة

---

(١) الحاوي (ص ٤٥٤) .
(٢) انظر « الأم » (٥/١٦٢) .
(٣) الأم (٥/١٦٣) ، الرسالة (ص ٣١١) .
(٤) الروضة (٧/٣١) .
(٥) انظر « الروضة » (٧/٣٢) .
(٦) التنبيه (ص ١٦١) .

« الروضة » وأصلها : قيل : يجوز قطعاً ، وقيل : على القولين[1] ؛ أي : في التعريض بالإجابة ، قال الرافعي : فأقام ذلك مقيمون طريقين ، ويمكن ألاَّ يجعل خلافاً فحمل الأول علىٰ ما لم يقترن به ما يشعر بالرضا[2] ، وإجراء الخلاف فيما اقترن به ما يشعر بالرضا ، وأسقط ذلك في « الروضة »[3] .

وقال الرافعي في (البيع) : إن السكوت العاري عما يشعر بالإنكار كالرضا في الخطبة[4] .

٣٥٠١ـ قول «المنهاج» [ص ٣٧٣] : (**ومن استشير في خاطب . . ذكر مساوئه بصدق**) فيه أمور :

أحدها : أن ذلك لا يختص بالخاطب ، بل لو استشير في مخطوبة . . كان كذلك ، قال في « أصل الروضة » : وكذا من أراد نصيحة غيره ، ليحذر مشاركته ونحوها . انتهىٰ[5] .

ومن ذلك : التحذير من مجاورة شخص أو الرواية عنه أو القراءة عليه ، وذلك وارد أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٤] : (**لا ذكر مساوىء الخاطب**) .

ثانيها : أن مقتضاه : أنه لا يذكرها إلا بعد الاستشارة ، وليس كذلك ، بل ينصحه ابتداء ؛ ولذلك لم يتعرض « الحاوي » للاستشارة[6] .

ثالثها : يرد عليهما : أن محله : عند الاحتياج إليه ، فلو حصل الغرض بقوله : لا يصلح لك مصاهرته ونحوه . . وجب الاقتصار عليه ، ولم يجز ذكر عيوبه ، قاله النووي في « الأذكار »[7] .

رابعها : أن مقتضىٰ عبارتهما : ذكر جميع مساوئه ، قال شيخنا ابن النقيب : والذي يظهر أنه يذكر منها ما يحصل المقصود من إعلام المستشير بما يقتضي النفرة ، فإن علم أنه لا ينفر إلا بذكر الكل . . ذكره ، قال : ولم أره في هـٰذا المحل[8] .

قلت : الكلام المتقدم أنه لا يذكر شيئاً من مساوئه إلا مع الاحتياج إليه يدل عليه .

خامسها : مقتضىٰ عبارة « الحاوي » : أنه لا يجب ذكرها ؛ فإنه اقتصر علىٰ نفي الحرمة[9] ، وكذا اقتصر في « الروضة » وأصلها علىٰ جواز ذكرها[10] ، وعبارة « المنهاج » محتملة للوجوب

---

(١) فتح العزيز (٧/ ٤٨٥) ، الروضة (٧/ ٣١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٨٥) .
(٣) الروضة (٧/ ٣١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٤/ ١٣٠) .
(٥) الروضة (٧/ ٣٢) .
(٦) الحاوي (ص ٤٥٤) .
(٧) الأذكار (ص ٢٧٠ ، ٢٧١) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٣١٧) .
(٩) الحاوي (ص ٤٥٤) .
(١٠) فتح العزيز (٧/ ٤٨٧) ، الروضة (٧/ ٣٢) .

والجواز ، وصرح النووي في « الأذكار » و« الرياض » بالوجوب[1] ، وفي « شرح مسلم » : ليس من الغيبة المحرمة ، بل من النصيحة الواجبة[2] ، وفي « الروضة » في (البيع) مثله ، وسبقه إليه الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، قال السبكي : كأنه إنما أهمله لظهوره ؛ فإنه لا تردد فيه ، فليحمل كلام « المنهاج » عليه ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الظاهر وجوبه .

سادسها : دخل في عبارتهما ما لو كان المستشار هو الخاطب استشير في نفسه ، قال في « المهمات » : فهل يجب عليه الإخبار بعيوبه أم يستحب ، أم لا يجب ولا يستحب ؟ فيه نظر .

سابعها : قال شيخنا الإمام البلقيني : محل جواز ذكر المساوىء : إذا لم تأذن في العقد ، فإن أذنت . . فلا ، وقد نص عليه الشافعي فقال : ولا يكون لها أن تستشيره وقد أذنت لأحدهما[3] .

٣٥٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٤] : (**ولو خطب الولي ، فقال الزوج : « الحمد لله والصلاة علىٰ رسول الله ، قَبِلتُ » . . صح النكاح على الصحيح ، بل يستحب ذلك . قلت الصحيح : لا يستحب**) ما **صححه** من عدم الاستحباب يخالفه قول « أصل الروضة » هنا بعد تصحيحه الصحة : وبه قطع الجماهير ، وقالوا : للنكاح خطبتان مسنونتان ، إحداهما تتقدم العقد والأخرىٰ تتخلل ، وهي : أن يقول الولي : بسم الله والصلاة علىٰ رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله ، زوجتك فلانة ، ثم يقول الزوج مثل ذلك ، ثم يقول : قبلت . انتهىٰ .

فتبع الرافعي على استحباب تخلل الخطبة بزيادة الوصية بالتقوىٰ[4] ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٥٤] (**وندب تخلل التحميد والصلاة**) وصحح السبكي وفاقاً للماوردي : عدم الصحة[5] .

٣٥٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٤] : (**فإن طال الذكر الفاصل . . لم يصح**) فيه أمران :

أحدهما : قال الرافعي : كان يجوز أن يقال : إذا كان الذكر مقدمة للقبول . . وجب ألاَّ تضر إطالته ؛ فإنه لا يشعر بالإعراض[6] .

وأجاب عنه السبكي : بأن مقدمة القبول التي قام الدليل عليها هي : الحمد له والصلاة ، لا ما زاد .

ثانيهما : لو لم يطل الفاصل لكن كان لا يتعلق بالعقد ولا يستحب فيه . . بطل العقد على الأصح

---

(١) الأذكار (ص ٢٧٠ ، ٢٧١) ، رياض الصالحين (ص ٢٧٩) .

(٢) شرح مسلم (١٠/ ٩٧) .

(٣) انظر « الرسالة » (ص ٣١٠) .

(٤) فتح العزيز (٧/ ٤٨٩) ، الروضة (٧/ ٣٥) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ١٦٥) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٤٨٩) .

في « الروضة » هنا[1] ، لكن **صحح** في (الخلع) خلافه[2] ، وكذا في الاستثناء في الطلاق عن الإمام ، فقال : لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير **في الأصح** ، وينقطع الاستثناء به **في الأصح**[3] .

وقد لا يرد التصحيح الأول على عبارة « المنهاج » لأن المتبادر إلى الفهم منه : أن المراد : الذكر المتعلق بالعقد ، ومحل المنع : إذا صدر الكلام من القابل الذي يطلب منه الجواب ، فإن كان من المتكلم . . ففيه وجهان ، حكاهما الرافعي في (الخلع)[4] ، واقتضى إيراده أن المشهور أنه لا يضر .

فصل

[في قبول النكاح وبقية شروط العقد]

٣٥٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٤] : (**وقبول ؛ بأن يقول الزوج : « تزوجت » ، أو « نكحت » ، أو « قبلت نكاحها » ، أو « تزويجها »**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا ينحصر القبول في الزوج ، فقد يكون القابل من يقوم مقامه من ولي أو وكيل .

ثانيها : أن قوله : (**تزوجت أو نكحت**) ليس قبولاً حقيقة ، وإنما هو قائم مقامه ، فكان ينبغي تقديم القبول الحقيقي ، وهو : (**قبلت نكاحها أو تزويجها**) كما فعل « الحاوي »[5] .

ثالثها : تعبيره وتعبير « الحاوي » (**بقبلت نكاحها**)[6] قال شيخنا ابن النقيب : أطبقوا عليه ، وكان ينبغي أن يقول : (إنكاحها) ليقبل ما أوجبه الولي ؛ ولهـٰذا قالوا : لا يصح إلا بلفظ التزويج أو الإنكاح ؛ أي : منهما ؛ فالإنكاح مصدر أنكح كما أن التزويج مصدر زوج ، وأما النكاح فهو اسم لمجموع العقد من إيجاب وقبول ؛ كالزواج أو للوطء ، وقول الولي : أنكحتك ؛ أي : جعلتك ناكحاً ، فليقبل منه هـٰذا الجعل ، أو يقول : نكحتها ، فإنه مطاوع أنكح ، ثم حكى عن جماعة أنه يقال : نكح نكاحاً . انتهى[7] .

قلت : وبهـٰذا يحصل الجواب عما أورده ، وقد يجاب عنه أيضاً : بأنه لا يقبل نفس الصادر من

---

(١) الروضة (٧/ ٣٥) .

(٢) الروضة (٧/ ٣٩٥) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٨٢) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٠٩ ، ٤١٠) .

(٥) الحاوي (ص ٤٥٤) .

(٦) الحاوي (ص ٤٥٤) .

(٧) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٥/ ٣٢١) .

الولي وهو الإنكاح ، وإنما يقبل الأمر الذي أصدره إليه وهو النكاح .

٣٥٠٥ـ قوله : (**ويصح تقدم لفظ الزوج**)[١] يستثنىٰ منه : (قبلت نكاحها أو تزويجها) فإنه لا يصح تقديمه .

٣٥٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**وإن عقد بالعجمية وهو يحسن العربية.. لم يصح**) **الأصح** : الصحة ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » **تصحيح** صحته بالعجمية[٢] ، وهو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٤] : (**ومعناها**) أي : معنى الألفاظ المذكورة ، والمراد بالعجمية : ما عدا العربية من اللغات ، وشرطه : أن يفهم كل منهما معناه ، وكذا الشهود ، فإن لم يفهمه فأخبره بمعناه ثقة.. فوجهان بلا ترجيح في « الروضة » وأصلها[٣] .

وفي « الكفاية » : إن أخبره فتعلم.. صح ، وإن لم يتعلمه وصار بحيث لو سمعه ثانياً لعرف معناه.. فوجهان .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الراجح** : البطلان كما في العجمي الذي ذكر لفظ الطلاق وأراد به معناه وهو لا يعرفه ، قال : وصورة المسألة : أنه لا يفهم معناه إلا بعد إتيانه به ، فلو قال شخص للقابل : معنىٰ هـٰذا اللفظ كذا ، فأتىٰ به بعد علمه بمدلوله.. صح إن لم يطل الفصل وكان الموجب عالماً بمدلول لفظه .

٣٥٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٤] : (**لا كناية قطعاً**) القطع من زيادته على « المحرر » ، وهو صحيح ، فإن قلت : يقدح فيه وجه في صحة النكاح بالكتابة لغائب.. قلت : قال السبكي : المصحح يجعل الكتابة صريحاً لا كناية .

٣٥٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**فإن قال : « زوجتك » أو « أنكحتك » ، فقال : « قبلت » ، ولم يقل : « نكاحها » ولا « تزويجها ».. فقد قيل : يصح ، وقيل : لا يصح**) **الأصح** : أنه لا يصح ، وعليه مشى « المنهاج »[٤] ، وهو مفهوم « الحاوي »[٥] ، وفي بعض نسخ « التنبيه » : (**وقيل : علىٰ قولين**) ، وليست في « الكفاية » وهي **أصح** الطرق ، وتعبير « المنهاج » بالمذهب[٦] لا يدل علىٰ ترجيح طريقة قطع ولا خلاف ، وفهم من قوله : (**ولم يقل : « نكاحها » ولا « تزويجها »**) أنه لو قال غير اللفظين ؛ كقوله : (قبلت النكاح ، أو التزويج ، أو قبلتها).

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٤) .
(٢) المنهاج (ص ٣٧٤) .
(٣) فتح العزيز (٧/٤٩٣) ، الروضة (٧/٣٦) .
(٤) المنهاج (ص ٣٧٤) .
(٥) الحاوي (ص ٤٥٤) .
(٦) المنهاج (ص ٣٧٤) .

فهو كاقتصاره علىٰ : (قبلت) ، وهو الذي يقتضيه حصر « المنهاج » في قوله [ص ٣٧٤] : (**وقبول ؛ بأن يقول** : . . . إلىٰ آخره) فإنه لم يذكر ذلك في ألفاظ القبول ، وكذا حصر « الحاوي » الألفاظ ، ولم يذكره منها[١] ، والذي في « الروضة » وأصلها : أن الخلاف فيه بالترتيب ، وأولىٰ بالصحة[٢] ، لكن نص الشافعي في « الأم » علىٰ أنه لا يصح ، فقال : ولا يكون نكاحاً ؛ بأن يقول : (قد قبلتها) حتىٰ يصرح بما وصفت ؛ أي : من قوله : تزوجتها أو نكحتها[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **المعتمد** في قبلتها : الإبطال ، وحكى الوزير بن هبيرة إجماع الأئمة الأربعة على الصحة فيما إذا قال : رضيت نكاحها .

قال السبكي : ويجب التوقف في هٰذا النقل ، والذي يظهر أنه لا يصح ، وقال في البيع : مأخذ ما حكاه إن صح . . أن لفظ النكاح موجود ، وهو المتعبد به ، لا لفظ (قبلت) .

٣٥٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٤] : (**ولو بشر بولد فقال** : « **إن كان أنثىٰ . . فقد زوجتكها** » . . **فالمذهب** : **بطلانه**) خرج بذلك ما لو بشر بأنثىٰ فقال : (إن صدق المخبر . . فقد زوجتكها) . . فإنه يصح كما قال البغوي : قال : وليس تعليقاً ، بل تحقيق ، ومثله : لو أخبر بموت إحدىٰ زوجاته الأربع فقال : (إن صدق المخبر . . تزوجت بنتك) . . قال الرافعي : ويجب أن يفرض في تيقن صدقه وإلا . . فهو تعليق[٤] .

قال السبكي : هو تعليق سواء تيقن صدقه أم لا لصورة التعليق .

٣٥١٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**ولا يصح نكاح الشغار ؛ وهو** : **أن يزوج الرجل وليته من رجل علىٰ أن يزوجه ذاك وليته ويكون بضع كل واحدة منهما صداقاً للأخرىٰ**) مقتضاه : الصحة فيما إذا لم يجعل البضع صداقاً ، والبطلان ولو سميا مالاً مع جعل البضع صداقاً ، **وهو الأصح** فيهما كما في « المنهاج »[٥] ، وتعبيرهما بـ (علىٰ) مثال ، فلو قال : زوجتك وتزوجت بنتك . . كان كذلك ، وتعبير « التنبيه » بـ (الولية) أعم من تعبير « المنهاج » بـ (البنت)[٦] ، وهٰذا واضح ، وكلامهما يقتضي حصر الشغار في شرط أن يزوجه الآخر وليته ، لكن في « شرح المختصر » لابن داوود : أن من الشغار أن يقول : زوجتك بنتي علىٰ أن تزوج ابني بنتك ، وقول « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**فيقبل**) يقتضي الاكتفاء بقوله : قبلت العقدين جميعاً ، وكذا في

---

(١) الحاوي (ص ٤٥٤) .

(٢) فتح العزيز (٧/٤٩٤ ، ٤٩٥) ، الروضة (٧/٣٧) .

(٣) الأم (٥/٢٤٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٤٩٩) .

(٥) المنهاج (ص ٣٧٥) .

(٦) التنبيه (ص ١٦١) ، المنهاج (ص ٣٧٥) .

« الروضة » وأصلها[1] ، وفيه نظر ، وعبارة « الكفاية » : فيقبل أو يقول مثله ، وقول « الحاوي » [ص ٤٥٤] : (**مطلقاً**) يقتضي البطلان بقوله : علىٰ أن تزوجني بنتك وإن لم يضم إليه التشريك في البضع ؛ لأنه ليس مطلقاً ، بل هو مشروط بشرط ، **والأصح** عند الرافعي والنووي الصحة كما تقدم[2] ، لكن قال شيخنا الإمام البلقيني : نص الشافعي على البطلان .

٣٥١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**ولا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ذكرين حرين مسلمين عدلين**) أهمل « المنهاج » كونهما مسلمين مكلفين[3] ، وإن ذكره « المحرر » استغناءً عنه بالعدالة[4] ، وزاد ذكر السمع والبصر ، ولا بد منهما ، وأهملا معاً : النطق ، وفي اشتراطه وجهان بلا ترجيح في « الروضة » ، وبناهما الرافعي علىٰ قبول شهادته[5] ، ومقتضاه : اعتباره ؛ فإن **الأصح** : عدم قبول شهادة الأخرس ، **وصححه** هنا الشيخ أبو حامد ، **وصحح** مقابله القاضي أبو الطيب ، ويجري الوجهان في ذي الحرفة الدنيئة .

ويشترط أيضاً : التيقظ ، وقد تناول هـٰذه الشروط كلها قول « الحاوي » [ص ٤٥٥] : (**سميعين مقبولي شهادة نكاح**) وإنما قيد بشهادة النكاح ؛ لتخرج المرأة ؛ فإنها من أهل الشهادات في الجملة ، وقوله : (**سميعين**) حشو غير محتاج إليه ، فإن في قبول الشهادة غنية عنه ، وإذ قد ذكره . . فليذكر بقية الشروط المندرجة في قبول الشهادة تفصيلاً ، ولو عقد بخنثىٰ ثم بانت ذكورته . . فوجهان كالاقتداء ، ومقتضاه : تصحيح البطلان ، لكن **صحح** النووي هنا الصحة[6] ، وعكس ذلك في « الكفاية » ، فأبطل النكاح وصحح الصلاة ، وقال : شرط النكاح : تحقق الشرائط حالة العقد ، وقد يفرق بأن خطر النكاح في نظر الشرع آكد ؛ لتعديه بغير العاقد ؛ ولهـٰذا صحت الصلاة بالاجتهاد مع الاشتباه ، بخلاف النكاح .

٣٥١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**والأصح : انعقاده بابني الزوجين وعدويهما**) المراد : ابنا الزوج أو ابنا الزوجة وعدو الزوج أو عدو الزوجة ، أما لو حضر العقد ابناه وابناها أو عدواه وعدواها . . فإنه يصح قطعاً كما قاله في « الروضة »[7] لكن فيه وجه في « التتمة » لأنه لم يوجد شاهدان يقبلان علىٰ كل منهما .

---

(١) فتح العزيز (٧/ ٥٠٤) ، الروضة (٧/ ٤١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٠٤) ، و« الروضة » (٧/ ٤١) .
(٣) المنهاج (ص ٣٧٥) .
(٤) المحرر (ص ٢٩٠) .
(٥) فتح العزيز (٧/ ٥١٨) ، الروضة (٧/ ٤٥) .
(٦) انظر « الروضة » (٧/ ٤٩) .
(٧) الروضة (٧/ ٤٥ ، ٤٦) .

٣٥١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**فإن عقد بشهادة مجهولين .. جاز على المنصوص**) محمول على مجهول العدالة في الباطن دون الظاهر وهو المعبر عنه بالمستور ، أما مجهول الإسلام .. فلا ينعقد به ، وكذا مجهول الحرية ومجهول العدالة في الظاهر أيضاً **على الصحيح** فيهما ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**وينعقد بمستوري العدالة على الصحيح ، لا مستوري الإسلام والحرية**) و« الحاوي » [ص ٤٥٥] : (**ولو مستور العدالة ، لا الإسلام والحرية**) وهنا أمور :

أحدها : ما ذكرته من أن المستور من عرف بالعدالة ظاهراً ؛ أي : بالمخالطة ، لا باطناً ؛ أي : بالتزكية عند الحاكم ، هو الذي ذكره الرافعي أولاً ، ثم قال : وربما قبل من يجهل حاله ، ثم قال : ويشبه ألاَّ يكون بينهما خلاف بحمل الثانية على من يجهل حاله بالنسبة إلى الباطنة ، لكنه بعد ذلك اقتضى كلامه الاكتفاء بمجهول الحال في الظاهر أيضاً ؛ فإنه بعد أن حكى قول البغوي : لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً . قال : وهٰذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه ، وإلا .. فالظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق[١] ، وما ذكره الرافعي بحثاً نص عليه الشافعي كما حكاه في « البحر » ، وعبارته : ولو حضر رجلان مسلمان العقد ولا يعرف حالهما من الفسق والعدالة .. انعقد النكاح بهما في الظاهر ، نص عليه في « الأم »[٢] لأن الظاهر من المسلمين العدالة . انتهى .

وقال في « المهمات » : إنه الصواب ، وذلك ينافي قولي فيما سبق : إنه لا ينعقد بمجهول العدالة في الظاهر ، وللنووي هنا زيادة غير مفيدة قد بسطت الرد عليها في موضع آخر[٣] ، ويتحصل في تفسير المستور أوجه :

أحدها : أنه من عرفت عدالته ظاهراً لا باطناً ، وهو الذي يدل عليه كلام الرافعي أولاً[٤] ، وقال النووي : إنه الحق[٥] .

الثاني : أنه من علم إسلامه ولم يعلم فسقه وهو الذي بحثه الرافعي[٦] ، وحكاه الروياني عن النص ، وصوبه في « المهمات » ، وقال السبكي : إنه الذي يظهر من كلام الأكثرين ترجيحه .

الثالث : أنه من عرفت عدالته باطناً في الماضي وشك فيها وقت العقد .. فتستصحب ، وصححه السبكي .

ثانيها : قال ابن الصلاح : محل الخلاف في الانعقاد بالمستور : ما إذا كان العاقد غير الحاكم ،

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/ ٢٦٣) ، و« فتح العزيز » (٧/ ٥٢٠) .
(٢) الأم (٥/ ٢٢) .
(٣) انظر « الروضة » (٧/ ٤٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٢٠) .
(٥) انظر « الروضة » (٧/ ٤٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٢٠) .

فإن عقد الحاكم.. لم ينعقد بهما جزماً ؛ لأنه لا يشق عليه البحث ، وحكىٰ في « التتمة » فيه طريقين ، **أصحهما** : إجراء الخلاف فيه .

قال السبكي : فإما أن يكون ابن الصلاح رجح طريق القطع ، أو لم يبلغه غيرها ، **واختار السبكي** : عدم اكتفاء الحاكم بالمستور ، لكن السبكي يثبت الخلاف وابن الصلاح ينفيه .

ثالثها : ما جزمنا به من عدم الانعقاد بمجهول الإسلام جزم به الرافعي والنووي[1] ، لكن جزم القاضي أبو الطيب في القضاء من « تعليقه » بانعقاده به ، حكاه في « المهمات » وقال : سلك في « التنبيه » مسلك شيخه ، ولم يقف ابن الرفعة علىٰ مستنده ، فظن أن أحداً لم يقل به ، فحمله علىٰ غير ما يقتضيه كلامه

قلت : وكذا النووي ؛ فإنه عبر في « تصحيحه » عن عدم انعقاده بمجهول الإسلام بالصواب .

٣٥١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**ولو بان فسق الشاهد عند العقد.. فباطل على المذهب ، وإنما يتبين ببينة**) قال شيخنا ابن النقيب : هو في المستور واضح ، وفيمن تثبت عدالته ببينة شرط الجارحة أن تفسر لتقدم على المعدلة[2] .

قلت : اشتراط تفسير الجرح لا فرق فيه بين أن يعارض ببينة عدالة أم لا ؟ فحيث اكتفينا بالستر.. لا يقدح فيه الجرح الذي ليس مفسراً عند من يشترط تفسيره ، لكنَّ تَرَدُّدَ الإمام في زوال الستر بإخبار عدل بفسقه وزواله بذلك ـ وهو الذي قال الإمام : إنه **الظاهر**[3] ، **ورجحه** شيخنا الإمام البلقيني كما علقته عنه ـ يشهدُ للاكتفاء بزوال الستر بغير المفسر ، علىٰ أن ابن الصلاح قد ذكر في « علوم الحديث » : أن الجرح غير المفسر وإن لم يقبل ؛ فإنه يحدث ريبة توجب التوقف عن قبوله حتىٰ يبحث عنه ويتبين لنا صحته من فساده[4] ، وما أورده ابن النقيب إن صح.. قد لا يرد علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٥] : (**أو بان بحجة**) فإنه قد يقال : الجرح غير المفسر عند من يرده ليس بحجة .

٣٥١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**أو اتفاق الزوجين**) استثنىٰ منه في « الكافي » : ما إذا تعلق به حق الله تعالىٰ ؛ بأن طلق ثلاثاً ثم تقارّا علىٰ عدم شرط.. فإنه لا يقبل ، فلا تحل إلا بمحلل ، فلو أقاما عليه بينة.. لم تسمع .

٣٥١٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٥٥] : (**فإن عرف فسقه أحد الزوجين أو بان بحجةٍ أو تذكُّرٍ.. بطل**) فيه أمور :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٢١) ، و« الروضة » (٧/٤٧) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/٣٣٢) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٥٥) .

(٤) مقدمة ابن الصلاح (ص ١٠٨) .

أحدها : أنه يتناول ما إذا اعترف الزوج بفسق شاهد العقد وأنكرت المرأة ، وقوله فيه : (**بطل**) قد يفهم تجدد البطلان ، وليس كذلك ، بل يتبين بطلانه من الأول ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**ولو اعترف به الزوج وأنكرت . . فُرق بينهما**) وهي فرقة فسخ لا تنقص العدد عند العراقيين ، ومال إليه الإمام والغزالي ، وصححه النووي[1] ، وقيل : هي طلقة بائنة تنقص العدد ، وبنى الرافعي الأول علىٰ تصديق مدعي الفساد في البيع ، والثاني علىٰ تصديق مدعي الصحة[2] ، ومقتضى البناء : تصحيح الثاني ، واستشكلهما السبكي ؛ فإن كلاً من الفسخ والطلاق يقتضي وقوع عقد صحيح ، وهو ينكره فليؤول الفسخ على الحكم بالبطلان والطلاق الظاهر لا الباطن .

ثانيها : ويتناول ما إذا اعترفت به المرأة وأنكر الزوج ، لكن صحح النووي في هـٰذه الصورة : تصديقه بيمينه ، فلا ترثه ، ولا مهر إن مات أو طلق قبل الدخول ، ولها بالوطء الأقل من المسمىٰ ومهر المثل ، فإن نكل وحلفت . . فرق بينهما[3] ، وقيد في « المهمات » قولنا : لا مهر قبل الدخول بما إذا لم يعطه لها ، فإن أعطاها . . فلا استرداد كما في نظيره المذكور في آخر (الرجعة) ، وهو ما إذا قال : طلقتها بعد الدخول ، وقالت : قبله .

ثالثها : لو اقتصر علىٰ معرفة الفسق المذكور أولاً . . أغناه عن التذكر الذي ذكره بعد ذلك ؛ فإنه يتناول ما إذا كان عارفاً بفسقه وقت العقد ، وما إذا كان يعرفه ثم نسيه ثم تذكره ، وما إذا تجددت له معرفته بعد ذلك ، وكأنه أراد أولاً : ما إذا كان عارفاً به وقت العقد ، أو تجددت له معرفته بعد ذلك ، فاحتاج إلىٰ ذكر الصورة الأخرىٰ بقوله : أو تذكر ، وهو حشو وموهم .

٣٥١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**وعليه نصف المهر إن لم يدخل بها ، وإلا . . فَكُلُّهُ**) ينبغي فيما إذا دخل بها وكان مهر المثل أزيد من المسمىٰ . . أن تجب لها الزيادة ، لكنها منكرة لها ، فيتخرج فيه الخلاف فيمن أقر لشخص بشيء وهو ينكره ، قلته بحثاً .

٣٥١٨ـ قوله : (**ويستحب الإشهاد علىٰ رضا المرأة حيث يعتبر رضاها ، ولا يشترط**)[4] أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٥٥] : (**لا شهادة رضاها**) فإنه اقتصر علىٰ نفي الاشتراط من غير تصريح بالاستحباب .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لو كان المزوج الحاكم أو نائبه . . فالذي أفتيت به : أنه لا بد من ظهور إذنها له ؛ إما بمشافهة وإما بشهادة وإما بإخبار حاكم ونحو ذلك ، فأما إذا لم يظهر له ذلك

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٥٦) ، و« الوسيط » (٥/٥٦) ، و« الروضة » (٧/٤٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٢٣) .

(٣) انظر « الروضة » (٧/٤٨ ، ٤٩) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٥) .

بطريق شرعي . . فإنه يكون عقده باطلاً ؛ لأمورٍ يطول شرحها ، وقال في الولي الخاص : لا يجوز له الإقدام عليه تهوراً ، بل لا بد من ظنه ذلك ولو بإخبار واحد .

فصل

[في اشتراط الولي في النكاح]

٣٥١٩ـ قولهم ـ وهو في « التنبيه » و« الحاوي » في حد الزنا ـ : (**إن الوطء في نكاح بلا ولي يوجب الحد**)[١] قال الماوردي : محله : ما إذا لم يحكم قاضٍ ببطلانه ، فإن حكم ببطلانه ، وفرق بينهما ، فوطئها بعد ذلك . . فعليه الحد ، ويمتنع على الحنفي بعد ذلك الحكم بصحته[٢] ، ويرد علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٤٢] : (**وإن وطىء في نكاح مختلف في إباحته ؛ كالنكاح بلا ولي ولا شهود**) أن الحد إنما يسقط بأحدهما خاصة ، فلو اجتمعا . . حد قطعاً ، فكأن (الواو) في كلامه بمعنىٰ (أو) .

٣٥٢٠ـ قوله : (**وقيل : إن وطىء في نكاح بلا ولي وهو يعتقد تحريمه . . حد**)[٣] حكىٰ في « الوسيط » عن الصيرفي إيجابه على الحنفي مع اعتقاده الحل بظهور الأخبار فيه ؛ كشرب النبيذ[٤] ، لكن **المشهور** : تقييد هٰذا الوجه بمعتقد التحريم .

٣٥٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٥] : (**ويُقبل إقرار الولي بالنكاح إن استقل بالإنشاء**) قد يتناول ما إذا استقل بالإنشاء وزال ذلك ؛ بأن كانت ثيباً فادعىٰ أنه زوجها وهي بكر ، مع أنه لا يقبل في هٰذه الحالة ، فلو عبر كما في « المحرر » بقوله : (إذا كان مستقلاً بالإنشاء)[٥] لم ترد علىٰ هٰذه الصورة ؛ لأن المراد : وصفه به حين الإقرار .

٣٥٢٢ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ويقبل إقرار البالغة العاقلة بالنكاح على الجديد**)[٦] قد يفهم أنه يكفي مطلق الإقرار ، **وهو المذهب** في « الروضة » في (الدعاوىٰ)[٧] ، وحكاه الرافعي هناك عن تصحيح « الوسيط »[٨] ، **وصححه** شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إنه ظاهر نصوص

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٢) ، و« الحاوي » (ص ٥٨٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٥) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٤٨) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٢) .
(٤) الوسيط (٦/٤٤٤) .
(٥) المحرر (ص ٢٩١) .
(٦) انظر « الحاوي » (ص ٤٦٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٥) .
(٧) الروضة (١٢/١٥) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٣/١٦٥) .

الشافعي ، لكن صحح الرافعي والنووي هنا : أنه لا بد أن تقول : زوجني وليي بحضرة عدلين ورضاي إن كان شرطاً[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والذي ظهر لي حمل ما في الدعاوىٰ علىٰ إقرارها في جواب الدعوىٰ ، والذي هنا على الإقرار المبتدأ ، **والأصح** : أنه لا يتأثر بتكذيب الولي والشاهدين إذا عينتهما ، فلو أقرت لزوج وأقر وليها لآخر ؛ فهل يقبل إقراره أم إقرارها ؟ وجهان ، أم السابق أم يبطلان جميعاً ؟ احتمالان للإمام[2] ، ولم أر فيها ترجيحاً .

٣٥٢٣ـ قولهم : (**إن للأب والجد عند عدمه تزويج البكر صغيرة وكبيرة بغير إذنها**)[3] شرطه : أن يزوجها من كفء بمهر مثلها ، وألاَّ يكون الزوج معسراً ، كما حكاه الرافعي عن القاضي حسين ، وأقره[4] ، وألاَّ يكون بينها وبين الولي عداوة ظاهرة ، قاله ابن كج ، ونقله الحناطي عن ابن المرزبان ، قال : ويحتمل جوازه .

وفي « المهمات » : عن الماوردي والروياني : أنه علىٰ ولايته مع العداوة : وفي « الكفاية » : عن الحناطي : وجهان ، وغلطه شيخنا الإسنوي ، وقال : إنما حكاهما الجيلي .

وينبغي أن يعتبر في الإجبار أيضاً : انتفاء العداوة بينها وبين الزوج ، قلته بحثاً ، وهو واضح .

واختار السبكي لنفسه أن علة الإجبار : البكارة مع الصغر جميعاً ، قال : وهو رأي ابن حزم ، لكن مأخذنا غير مأخذه ، قال : ولم نر أحداً من أهل المذهب قال بمقالتنا ، وهي خلاف مذهب الشافعي ؛ فإنه اعتبر البكارة خاصة ، وأبي حنيفة ؛ فإنه اعتبر الصغر خاصة ، والله أعلم .

وعبر « الحاوي » [ص ٤٥٦] بـ (**غير الموطوءة**) لأنها المراد بالبكر ولو خلقت بلا بكارة كما حكاه في « الروضة » من زيادته عن الصيمري[5] .

وقال الماوردي : إنه لا خلاف فيه ، وسواء زالت البكارة بوطء حلال أو حرام كما صرح به « المنهاج »[6] ، وكذا وطء الشبهة ، ولم تتناوله عبارته ، وقد يرد على « الحاوي » الموطوءة في الدبر ؛ فإنها بكر على **الصحيح** مع صدق اسم الوطء عليه .

٣٥٢٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويكفي في البكر سكوتها**)[7] فيه أمور :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٣٣) ، و« الروضة » (٧/٥١) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٥١٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٥٧) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٣٧) .
(٥) الروضة (٧/٥٥) .
(٦) المنهاج (ص ٣٧٦) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٥٧) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٦) .

أحدها : قد يتناول سكوتها مع التزويج بحضورها ، وذلك لا يكفي **على الأصح** ، والمراد : السكوت بعد الاستئذان ؛ ولذلك قال في « المحرر » : (يكفي السكوت بعد المراجعة)[١] .

ثانيها : أنه يتناول ما إذا استؤذنت في التزويج بغير كفء ، وكذا حكاه الرافعي في آخر النكاح عن « فتاوى القاضي حسين » ، وأقره[٢] ، وقال هنا : لو استأذنها أبوها في غير كفء . . فهل يكفي السكوت ؟ فيه الوجهان ؛ أي : المذكوران في غير الأب ، ومقتضاه : **تصحيح** الاكتفاء ، وفي « زيادة الروضة » في الكفاءة أنه **المذهب** ، وفيها أيضاً عن « البيان » قال أصحابنا المتأخرون : إذا استأذن الولي البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد أو بأقل من مهر المثل . . لم يكن سكوتها إذناً في ذلك[٣] .

ثالثها : يستثنىٰ منه : ما إذا اقترن بسكوتها بكاءٌ مع الصياح وضرب الخد ، فلا يكون رضا ، ويختص « المنهاج » بأنه أطلق محل الخلاف في قوله [ص ٣٧٦] : (**في الأصح**) وهو في غير الأب والجد ، أما فيهما . . فيكفي السكوت قطعاً حيث استأذنا استحباباً .

٣٥٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**ثم المولىٰ**) قيده في « الكفاية » بكونه رجلاً ، ولا يحتاج إليه ؛ لقوله أولاً : (**ولا يصح النكاح إلا بولي ذكر**)[٤] وفي « المنهاج » : أن المرأة لا تزوج غيرها ، ثم ذكر أنه يزوج عتيقة المرأة من يزوج المعتقة ما دامت حية[٥] ، واحترز عنه « الحاوي » فاستثنىٰ من العصبة : المعتق المشكل أو الأنثىٰ[٦] ، وتعبير «التنبيه» بالمولىٰ أحسن من تعبير «المنهاج» بالمعتق[٧] ؛ لتناوله من عَتَقَ عليه من أصل وفرع ، ومن لم يعتق الزوجةَ ، بل أعتق أصلها في ولاء الانجرار ، وأيضاً : فإعتاق عبد بيت المال سائغ ، والولاء للمسلمين ، فالمعتق هنا غير الولي .

٣٥٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٦] : (**ثم عصبته كالإرث**) قال السبكي : يحتمل ثلاثة معانٍ : **أحدها** : القياس على الإرث ، **والثاني** : أن الترتيب هنا كالترتيب في الإرث ، **والثالث** : أن ترتيب عصبة المعتق في التزويج كترتيب عصبة النسب ، فعلىٰ هـٰذا الثالث . . يستثنىٰ منه : أن جد النسب أولىٰ من الأخ ، **وأصح القولين هنا** : أن أخا المعتق أولىٰ من جده ، **والثاني** : يستويان كالقولين في إرثهما ، وأن الابن هنا يزوج بخلاف النسب .

---

(١) المحرر (ص ٢٩١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٢٦) .
(٣) الروضة (٧/٥٦) ، وانظر « البيان » (٩/١٨١) .
(٤) التنبيه (ص ١٥٨) .
(٥) المنهاج (ص ٣٧٥) .
(٦) الحاوي (ص ٤٥٧) .
(٧) التنبيه (ص ١٥٨) ، المنهاج (ص ٣٧٦) .

قلت : وأن الشقيق هنا يقدم قطعاً ، وقيل : قولان كالنسب ، وقيل : يستويان قطعاً ، وأن العم مقدم علىٰ أبي الجد في الولاء كما نص عليه في « البويطي » ، **وهو المذهب** كما ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وفي النسب ليس كذلك ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**بترتيب الإرث**) لأنه لم يفصل في التزويج لا عصبة النسب ولا عصبة الولاء ، بل أحال الكل على الإرث ، وذلك معروف فيه .

٣٥٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**ويزوج عتيقة المرأة من يزوج المعتقة ما دامت حية**) قوى السبكي أنه يزوجها ابن المعتقة في حياتها بناء علىٰ ما **صححه** في الولاء من ثبوته للعصبة في حياة المعتقة معها ، قال : فيقدم الابن في التزويج ؛ لأنه مقدم في الولاء على الأب .

٣٥٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٦] : (**ولا يعتبر إذن المعتقة في الأصح**) و« الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**في حياتها بلا إذن**) اختار السبكي مقابله إذا قلنا : يزوجها الأب ؛ لأنه لم يزوج بالولاء ، بل كما كان قبل العتق ، وهو قبله لا يزوج إلا بإذنها ، وعلىٰ هـٰذا : إن لم تأذن. . ناب السلطان عنها في الإذن ، قال : ولا نعلم من أوجب إذنها إذا قلنا : الابن يزوج .

٣٥٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٦] : (**فإن فُقِدَ المعتق وعصبته . . زوَّج السلطان ، وكذا يُزوج إذا عضل القريب والمعتق**) اقتصر هنا علىٰ هـٰذين الموضعين ، وذكر بعد ذلك : أنه يزوج عند غيبة الولي مسافة القصر وإحرامه ، وإرادته تزوج موليته والمجنونة البالغة عند فقد الأب والجد ، وقد ذكرها « الحاوي » مجموعة خلا الأخيرة ، فأفردها[١] ، وذكر « التنبيه » منها : الغيبة والعضل والمجنونة[٢] .

وبقي عليهم جميعاً مسائل :

الأولىٰ والثانية : عند تعزز الولي أو تواريه .

الثالثة : عند حبسه ومنع الحابس له الناس من الوصول إليه .

الرابعة : فقده حيث لا يقسم ماله .

الخامسة : المستولدة المسلمة التي لكافر يزوجها الحاكم بإذن سيدها .

السادسة : أنه يزوج أمة محجوره .

السابعة : حالة الإغماء إذا كانت قدر مسافة القصر كما قال الإمام[٣] ، وقال شيخنا الإمام

---

(١) الحاوي (ص ٤٥٦) .

(٢) التنبيه (ص ١٥٨) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٠٥ ، ١٠٦) .

البلقيني : إنه **المعتمد** ، وقال البغوي وغيره : ينتظر إفاقته كالنائم[1] ، وهو المذكور في « المنهاج » بعد ذلك[2] .

والمراد بالسلطان : من له سلطنة الحكم بالنسبة لمن هو في محل حكمه كما عبر به « الحاوي »[3] ولذلك عبر « التنبيه » بالحاكم[4] ، ومراده : ما ذكرته ، وحكى الإمام خلافاً في أن تزويجه حالة العضل بالولاية أم بالنيابة عن الولي ؟ وأجرىٰ هـٰذا الخلاف حيث زوج مع وجود الولي الخاص وأهليته[5] ، وذكر له في « الكفاية » فائدتين :

إحداهما : عند الغيبة إن قلنا بالولاية . . زوج الأبعد ، أو بالنيابة . . زوج القاضي .

الثانية : عند العضل لو أذنت لحاكم بلد الولي وهيٰ في بلد ليست في حكمه . . زوجها إن قلنا بالنيابة دون الولاية ، وفي حاشيتها فائدتين :

الأولىٰ : إذا زوج الحاكم والولي الغائب في وقت واحد بالبينة . . قدم الولي إن قلنا بالنيابة ؛ وإن قلنا بالولاية . . بطلا كوليين ، أو قدم الحاكم لقوة ولايته وعمومها ؛ كما لو قال الولي : كنت زوجتها في الغيبة . . فإن نكاح الحاكم يقدم كما صرحوا به .

الثانية : إذا زوج القاضي في غيبة العاضل لثبوت العضل لديه حيث قلنا به ، ثم ثبت ببينة أنه كان رجع عن العضل قبل التزويج ؛ فإن قلنا بالنيابة . . خرج علىٰ عزل الوكيل ، وإن قلنا بالولاية . . خرج علىٰ عزل القاضي .

واعلم : أن محل تزويج السلطان بالعضل : إذا لم يتكرر كما في « الروضة » وأصلها في آخر الكلام على الفاسق ، فقال : وليس العضل من الكبائر ، وإنما يفسق به إذا عضل مرات ، أقلها فيما حكىٰ بعضهم : ثلاث ، وحينئذ . . فالولاية للأبعد[6] ، وللرافعي في (الشهادات) في الكلام على الإصرار ما يخالف هـٰذا بعمومه[7] ، وهل المراد بالثلاث هنا : الأنكحة أو بالنسبة إلىٰ عرض الحاكم ولو في نكاح واحد ؛ قال في « المهمات » : فيه نظر .

٣٥٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**وإن عضلها وقد دعت إلىٰ كفء**) أي : البالغة العاقلة كما قال في « المنهاج »[8] ، وذلك يرد أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**وعليه الإجابة**) وإنما

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/ ٢٨٤) .
(٢) المنهاج (ص ٣٧٧) .
(٣) الحاوي (ص ٤٥٦) .
(٤) التنبيه (ص ١٥٨) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٤٧) .
(٦) فتح العزيز (٧/ ٥٥٦) ، الروضة (٧/ ٦٥) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٩) .
(٨) المنهاج (ص ٣٧٦) .

يحصل العضل إذا دعت بالغة عاقلة إلىٰ كفء وامتنع ، ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ، قال البغوي : بأن تحضر هي والخاطب والولي ، ويأمره القاضي بالتزويج ، فيمتنع ، أو يسكت[1] .

قال الرافعي : وكأنه إذا تيسر ذلك ، فإن تعذر حضوره بتعزز أو توار .. فليثبته بالبينة كسائر الحقوق ، وفي « تعليق أبي حامد » ما يدل عليه . انتهىٰ[2] .

وقد صرح بذلك البغوي نفسه في « فتاويه » ، وحكاه عنه الرافعي في آخر (الإيلاء) ، فقال : إنه لا تكفي فيه البينة حتىٰ يمتنع بين يديه ، فإن تعذر إحضاره بتعزز أو توار .. أثبته بالبينة ، قال : ويحتمل أن يقال : يثبت بالبينة وإن تيسر إحضاره ، والأول أصح[3] .

قال ابن الرفعة : فتحصل وجهان .

٣٥٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٦] : (**ولو عينت كفئاً وأراد الأب غيره .. فله ذلك في الأصح**) المراد : المجبر ؛ ليدخل الجد ويخرج الأب غير المجبر فيما إذا كانت ثيباً ؛ ولذلك عبر به « الحاوي » في قوله : [ص ٤٥٨] (**أو عضل ؛ لا المجبر من معين**) واختار السبكي مقابله ، وهو تقديم من عينته هي ، وحكىٰ لفظ « المنهاج » : (الولي)[4] ، ثم بين أن محل الخلاف في المجبر كما ذكرناه ، والذي في نسخ « المنهاج »[5] : (الأب) كما ذكرته ، والله أعلم .

تَنْبِيهٌ

[في التحكيم]

فهم من اعتبارهم في الولي أن يكون عاصب نسب أو ولاء أو حاكماً : أنه لا يكفي فيه أن يكون مُوَلًّىٰ من جهتها ، وروىٰ يونس بن عبد الأعلىٰ : أن الشافعي قال : إذا كان في الرفقة امرأة لا ولي لها فولت أمرها رجلاً حتىٰ زوجها .. جاز ، قال العبادي في « طبقاته » : من أصحابنا من أنكره ، ومنهم من قبله ، وقال : إنه تحكيم ، والمحكم قائم مقام الحاكم .

وقال النووي : التحكيم صحيح بناء **على الأظهر** في جوازه في النكاح ، لكن يشترط في المحكم كونه صالحاً للقضاء ، وهـٰذا يعسر في مثل هـٰذه الحالة ، فالذي نختاره صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم يكن مجتهداً ، وهو ظاهر نصه الذي نقله يونس ، وهو ثقة . انتهىٰ[6] .

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/٢٨٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٤٣) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٢٥٠) .
(٤) المنهاج (ص ٣٧٦) .
(٥) المنهاج (ص ٣٧٦) .
(٦) انظر « الروضة » (٧/٥٠) .

قال في « المهمات » : **فالصحيح** : جوازه سفراً وحضراً مع وجود القاضي ودونه ؛ لأنه **الصحيح** في التحكيم كما هو مذكور في القضاء ، وسواء كان السفر طويلاً أم قصيراً .

قلت : ومراده : ما إذا كان المحكم صالحاً للقضاء ، فأما هـٰذا الذي اختاره النووي فشرطه : السفر ، وفقد القاضي ، **وصحح** السبكي إنكار رواية يونس ، وأنها لا تزوج عند فقد الحاكم ؛ ويدل له : ما رواه البيهقي في « المبسوط » عن الشافعي : أنه قال : وإن ولت امرأة ثيب نفسها رجلاً . . فليس له أن يزوجها ، وإن زوجها فرفع ذلك إلى السلطان . . فعليه أن يفسخه ، وسواء طال أو قصر ، وجاء الولد أو لم يأت .

فَصْلٌ

[في موانع الولاية]

٣٥٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] و« الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**لا ولاية لمجنون**) و« التنبيه » [ص ١٥٨] : (**ضعيف**) والمراد : ضعف العقل ، يتناول بإطلاقه متقطع الجنون ، وهو **الأصح** في « أصل الروضة »[١] ، وحكى الرافعي تصحيحه عن ابن كج والإمام والغزالي[٢] ، ومقابله عن البغوي[٣] ، وجعله في « الشرح الصغير » الأشبه ، وفي « التذنيب » الظاهر[٤] ، وفي « المطلب » : أنه ظاهر نصه في « الأم » ، وإذا قلنا به . . **فالصحيح** انتظار إفاقته ، وقيل : يزوج الحاكم ، وقال الإمام : هو كالغيبة[٥] ، فتقاس مدته بمدتها وفاقاً وخلافاً ، فلو أفاق المجنون وبقيت آثار خبل يُحْمَلُ مثلها ممن لا يعتريه الجنون علىٰ حدة في الخلق ، ففي[٦] عود ولايته وجهان ، قال في « الروضة » : لعل **الأصح** : استدامة حكم الجنون إلىٰ أن يصفو من [الخبل][٧] .

٣٥٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**ولا يجوز أن يكون الولي سفيهاً**) يتناول غير المحجور عليه ، لكن قال الرافعي : ينبغي ألاَّ تزول ولايته[٨] ، ويوافقه قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**وكذا محجور عليه بسفه**) وفي المسألة وجهان حكاهما الماوردي

---

(١) الروضة (٧/ ٦٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٠٦) ، و« الوجيز » (٥/ ٧١) .
(٣) فتح العزيز (٧/ ٥٥٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٠٦) ، و« الوجيز » (٥/ ٧١) ، و« التهذيب » (٥/ ٢٨٣) .
(٤) التذنيب (ص ٦١٣) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٠٧) .
(٦) في النسخ : (وفي) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٧) الروضة (٧/ ٦٣) ، وفي (أ) ، (ج) ، (د) : (الخلل) ، والمثبت من (ب) ، وهو الموافق لما في « الروضة » .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٥١) .

والروياني[1] ، **وصحح** صاحب « الذخائر » وابن الرفعة أنه لا يلي أيضاً ، وهو ظاهر نص « المختصر »[2] ، واختاره السبكي ، قال : وظاهر نصه في « الأم » بقاء ولايته[3] ، وقول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**على المذهب**) كذا هو في « الروضة »[4] ، وهو يقتضي أن في المسألة طريقين ، والذي في الرافعي : **المشهور** : لا يلي ، وفي « المهذب » وجه[5] ، وذلك لا يدل علىٰ طريقين .

٣٥٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**ومتىٰ كان الأقرب ببعض هٰذه الصفات . . فالولاية للأبعد**) فيه أمران :

أحدهما : كان ينبغي تأخير ذلك عن الفسق واختلاف الدين ؛ ليعود إليهما أيضاً ؛ فإن الولاية تنتقل فيهما إلى الأبعد ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٥٧] : (**والرق والصبا والجنون والعته والسفه والفسق واختلاف الدين نقل إلى الأبعد**) وكذا ذكر في « التنبيه » قوله [ص ١٥٨] : (**وإن خرج الولي عن أن يكون ولياً . . انتقلت الولاية إلىٰ من بعده**) بعد ذكر جميع ما تقدم ، ومنه : الفسق واختلاف الدين .

ثانيهما : يرد عليهم : أنه إنما تنتقل الولاية إلى الأبعد بسبب الصغر في النسب ، فأما في الولاء إذا كان للمعتقة ابن صغير وجد أو أخ كبير . . ففي « الكفاية » في الولاء : أن الشافعي نص علىٰ أن الجد لا يزوج ، ولم يتعرض لمن يزوج ، قال شيخنا الإمام البلقيني : والظاهر أن الحاكم يزوج .

٣٥٣٤/ ١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**والإغماء إن كان لا يدوم غالباً . . انتظر إفاقته ، وإن كان يدوم أياماً . . انتظر ، وقيل : الولاية للأبعد**) موافق لإطلاق « الحاوي » أن الإغماء لا ينقل للأبعد[6] ، وهو الذي حكاه الرافعي عن « التهذيب » وغيره ، وحكىٰ عن الإمام أنه ينبغي إن كانت مدة يعتبر فيها إذن الولي الغائب وقطع المسافة ذهاباً ورجوعاً . . انتظرت إفاقته ، وإلا . . فيزوج الحاكم ، ويرجع في معرفة مدته إلىٰ أهل الخبرة[7] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه المعتمد .

٣٥٣٤/ ٢ ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**وهل يجوز أن يكون الولي أعمى ؟ قيل : يجوز ،**

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٦٤) .

(٢) مختصر المزني (ص ١٦٥) .

(٣) الأم (٥/ ١٥) .

(٤) الروضة (٧/ ٦٣) .

(٥) فتح العزيز (٧/ ٥٥١) ، وانظر « المهذب » (٢/ ٣٦) .

(٦) الحاوي (ص ٤٥٧) .

(٧) فتح العزيز (٧/ ٥٥١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٠٥ ، ١٠٦) ، و« التهذيب » (٥/ ٢٨٤) .

وقيل : **لا يجوز) الأصح** : جوازه ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، وخص أبو علي الفارقي الخلاف بما إذا لم تر المرأة الزوج ، فإن رأته ورضيت به . . ولي قطعاً .

واستشكل ابن معن الخلاف ، وقال : ينبغي إذا رأته ورضيت به . . أن يصح قطعاً ، وإلا . . فلا قطعاً ، وفي « الكفاية » : إن قلنا : يلي والصداق عين . . لم يثبت المسمىٰ إن منع بيع الغائب ، وتناول إطلاقهم القاضي ، لكن لا يحتاج للتنبيه عليه ؛ لانعزاله بالعمىٰ ، فلو ولى القاضي العقود أعمىٰ . . فلم أر التصريح به ، وظاهر إطلاقهم في القضاء منعه ، وهو الظاهر ، ويجري خلاف الأعمىٰ في الأخرس إن كانت له إشارة مفهمة .

٣٥٣٥ـ قولهم : **(ولا ولاية لفاسق)**[2] فيه أمران :

أحدهما : تبع « المنهاج » و« الحاوي » فيه « المحرر » فإنه قال : إنه الظاهر من أصل المذهب[3] ، وحكىٰ في « الشرح » عن الروياني وغيره أنه ظاهر المذهب ، لكنه قال : أفتىٰ أكثر المتأخرين لا سيما الخراسانيون : بأنه يلي[4] ، **وصححه** الشيخ عز الدين بن عبد السلام ، وفي زيادة « الروضة » عن الغزالي : أنه قال : إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقل إلىٰ حاكم يرتكب ما نفسقه به . . ولي ، وإلا . . فلا ، وقال النووي : وهـٰذا الذي قاله حسن ، وينبغي العمل به[5] ، واختاره ابن الصلاح في « فتاويه »[6] ، وقواه السبكي تفريعاً على انعزال القاضي بالفسق ، قال : وأما إن لم نعزله به . . فهو أولىٰ من الفاسق القريب .

ثانيهما : يستثنىٰ من منع ولاية الفاسق : الإمام الأعظم . . **فالأصح** تفريعاً علىٰ أنه لا ينعزل بالفسق ـ **وهو الأصح** ـ : أنه يزوج بناته وبنات غيره بالولاية العامة ، وفي « التتمة » عن الأصحاب : أنه يزوج بنات غيره دون بناته ، وقال السبكي : إذا قلنا : إن القاضي لا ينعزل بالفسق . . كان كالإمام ، واختار تبعاً للقاضي حسين أن يولي الإمام الفاسق قاضياً ليزوج ، ولا يباشر التزويج بنفسه ، قال : وكذا أقول إذا ولىٰ قاضياً لا يصلح ، وحيث منعنا ولاية الفاسق . . فقال البغوي : إذا تاب . . زوج في الحال[7] ، وذكر المتولي نحوه في العضل ، وقال الرافعي : القياس وهو المذكور في (الشهادات) : اشتراط الاستبراء[8] .

---

(١) الحاوي (ص ٤٥٧) ، المنهاج (ص ٣٧٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٥٨) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٧) .
(٣) المحرر (ص ٢٩٢) .
(٤) فتح العزيز (٧/٥٥٦) .
(٥) الروضة (٧/ ٦٤) .
(٦) فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٤٢٤) .
(٧) انظر « التهذيب » (٥/ ٢٨٣) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٥٥) .

٣٥٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : **(ولا يجوز أن يكون ولي المسلمة كافراً ، ولا ولي الكافرة مسلماً ، إلا السيد في تزويج الأمة والسلطان في نساء أهل الذمة)** فيه أمور :

أحدها : الظاهر أن الاستثناء مختص بالجملة الأخيرة ؛ فإن المسألة الثانية من المستثنىٰ تختص بالأخيرة قطعاً ، فكذلك الأولىٰ ، وجعله في « الكفاية » منهما ، ويوافقه استدراك النووي في « تصحيحه » **أن الأصح** : أن الكافر لا يزوج أمته المسلمة[١] ، **والحق** : أنه لا حاجة لاستدراكها ؛ لاختصاص الاستثناء بالأخيرة ، وأن الأولىٰ باقية علىٰ عمومها .

ثانيها : استشكل استثناء مسألة تزويج السيد المسلم أمته الكافرة ؛ فإن تزويجه مفرع علىٰ أنه يزوج بالملك ، **وهو الأصح** ، والاستثناء من الولاية ؛ ولهـٰذا لم يستثنها « الحاوي » ، وأطلق أن اختلاف الدين ينقل الولاية للأبعد[٢] ، وقال قبل ذلك : **(ويزوج المسلم أمته الكافرة لا الكافر أمته المسلمة)**[٣] ويرد عليه مسألة السلطان ، لكنه ظاهر إطلاقه ولاية السلطان عند فقد عصبة النسب والولاء ، إلا أنه محمول علىٰ جعله اختلاف الدين مانعاً من الولاية ، فهي واردة عليه .

ثالثها : تناول إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » تزويج المسلم أمته المجوسية أو الوثنية[٤] وهو ما **صححه** الشيخ أبو علي ، وصرح به البارزي تبعاً لصاحب « التعليقة » في المجوسية ، **وصحح البغوي** المنع فيهما .

رابعها : استثنىٰ في « الروضة » من زيادته صورة ثالثة وهي : تزويج أمة موليته[٥] ، ويستثنىٰ رابعة ، وهي : تزويج المسلم الكافرة المملوكة لمحجوره المسلم وكان المزوج أباً أو جداً كما هو معروف في موضعه .

خامسها : مفهومه أن الكافر يلي الكافرة ، وبه صرح « المنهاج » ، وهو محمول على العدل في دينه ، وتعبيره بقوله [ص ٣٧٧] : **(ويلي الكافر الكافرة)** أعم من قول « المحرر » : (والكافر يلي نكاح ابنته الكافرة)[٦] لأنه لا فرق بين البنت وغيرها ، لكن يترجح تعبير « المحرر » بتقديمه الاسم ؛ لدلالته على الحصر ، فكأنه قال : الكافر لا يلي إلا الكافرة ، ولفظ « المنهاج » لا يفيد الحصر ، فيكون ساكتاً عن تزويج الكافر المسلمة وعكسه ، ذكره السبكي .

سادسها : ظاهر كلامهم أنه يجوز أن يكون ولي اليهودية نصرانياً وبالعكس ، وقال الرافعي :

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/١٢) .
(٢) الحاوي (٤٥٧) .
(٣) الحاوي (ص ٤٥٥) .
(٤) التنبيه (ص ١٥٨) ، الحاوي (ص ٤٥٥) .
(٥) الروضة (٧/٦٧) .
(٦) المحرر (ص ٢٩٢) .

يمكن أن يلحق بالإرث ، ويمكن أن يمنع[1] ، وقال في « الكفاية » : **قطع أصحابنا بأنه لا يؤثر** كالإرث ، وحكاه في « **المهمات** » عن الماوردي والروياني والإمام[2] ، وفي « التتمة » : **إن قلنا** : الكفر ملة واحدة . . زوج ، أو ملل . . فلا ، **وصحح** ابن يونس في « النبيه » المنع ، وقال في « المهمات » : يحسن المنع في المجبرة دون غيرها بناء علىٰ أن شرط المجبر ألاَّ يكون عدواً للمجبرة .

سابعها : وظاهر كلامهم أيضاً : أنه يجوز أن يكون ولي الحربية ذمياً وبالعكس ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف علىٰ نقل في ذلك ، وقياس ما ذكروه في الإرث : أن يمنع ولاية الحربي على الذمية وبالعكس ، قال : وذو العهد كالذمية ، **على الأصح** .

ثامنها : محل تزويج السلطان نساء أهل الذمة : إذا لم يكن لهن ولي خاص ، فمن لها منهن ولي خاص . . زوجها وليها إن كان خاطبها ذمياً قطعاً ، وكذا إن كان مسلماً **في الأصح** .

٣٥٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**وإحرام أحد العاقدين أو الزوجة يمنع صحة النكاح**) لو قال : (أو أحد الزوجين) . . لكان أحسن ؛ ليتناول ما إذا كان الزوج محرماً ووكيله حلالاً ، وقد ذكره بعد من زيادته فقال : (**ولو أحرم الولي أو الزوج فعقد وكيله الحلال . . لم يصح**)[3] ، واقتصر « الحاوي » علىٰ ذكر إحرام الولي سواء باشر العقد أم لا[4] ، وفي « التنبيه » في (الحج) [ص ٧٢] : (**ويحرم عليه أن يتزوج أو يزوج**) فلم يتناول الوكيل الحلال والولي محرم .

ويستثنىٰ من إحرام الولي : ما إذا أحرم الإمام الأعظم . . فللقضاة ونوابهم تزويج من هو في ولايته العامة حالة إحرامه علىٰ أحد وجهين ، حكاهما الماوردي من غير ترجيح .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **الأصح** ، فلو كان السيد محرماً فأذن لعبده الحلال في التزويج ، أو كان ولي السفيه محرماً فأذن له في التزويج وهو حلال . . قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف فيه علىٰ نقل ، **والأقرب** : المنع ، قال : ولو كان الولي حلالاً فزوج أمة المحجور عليه المحرم وهي حلال والزوج حلال . . **فالصواب** : الصحة . انتهىٰ .

ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج . . صح **على الأصح** ؛ لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء .

٣٥٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**ولا ينقل الولاية في الأصح**) الخلاف خاص بنقل

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٥٧) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٤٩ ، ٥٠) .

(٣) المنهاج (ص ٣٧٧) .

(٤) الحاوي (ص ٤٥٨) .

الولاية ، وقد فرع عليه قوله : (**فيزوج السلطان عند إحرام الولي**) وقوله : (**لا الأبعد**)[1] ، لا يحتاج إليه ؛ فقد جزم بالأصح المتقدم .

٣٥٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**أو غاب عنها زوجها الحاكم ولم تنتقل الولاية إلىٰ من بعده**) ثم قال : (**وقيل : إن كانت الغيبة إلىٰ مسافة لا تقصر فيها الصلاة . . لم تزوج حتىٰ يُستأذن**) هـٰذا هو **الأصح** ، ونص عليه في « الإملاء » ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج »[2] وتعبيره بقوله : (**ولو غاب الأقرب إلىٰ مرحلتين**)[3] أحسن من تعبير « الحاوي » بقوله [ص ٤٥٨] : (**وإن غاب سفر قصر**) لأنه قد تكون غيبته معصية ، فلا يكون سفر قصر ، وهي مرحلتان ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » لأنه اعتبر القصر من حيث المسافة خاصة ، فلا يرد عليه امتناع القصر بسبب آخر ، وهو المعصية ، ولم يصرح « الحاوي » بأن مراده سفر القصر من حيث المسافة ، ثم ما ذكروه في الغيبة هو فيما إذا عرف مكانه وأمكن الوصول فإن كان مفقوداً لا تعرف حياته ولا موته . . زوجها السلطان أيضاً ، فإذا انتهى الأمر إلىٰ غاية يحكم فيها بموته وقسم ماله بين ورثته . . انتقلت الولاية إلى **الأبعد** ، وإن عرف مكانه وتعذر الوصول إليه لخوف في الطريق أو فتنة . . ففي الجيلي عن « الحلية » : أنه يجوز له التزويج بدون مراجعة في **الأصح** .

قال في « الكفاية » : ويعضده ما حكيته عن الأصحاب في الوديعة إن تعذر الوصول إلىٰ مالكها بمثل هـٰذا السبب عند إرادة المودع سفراً بمنزلة ما إذا كان مالك الوديعة مسافراً .

٣٥٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**ويجوز للولي أن يوكل من يزوج**) قد يتناول توكيل غير المجبر قبل إذنها له في التزويج ، **والأصح** : منعه ؛ ولذلك قال في « المنهاج » [ص ٣٧٨] : (**ولو وكل قبل استئذانها في النكاح . . لم يصح على الصحيح**) .

٣٥٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**وقيل : لا يجوز لغير الأب والجد إلا بإذنها**) أي : في التوكيل ، ولا بد من تقييد الأب والجد بكونهما مجبرين ، فغير المجبر منهما كغيرهما في مجيء هـٰذا الوجه فيه .

٣٥٤٢ـ قوله : (**ويجب أن يعين الزوج في التوكيل في أحد القولين**)[4] **الأظهر** : أنه لا يجب ، وعليه مشى « المنهاج »[5] ، ومحلهما : إذا أطلقت الإذن للولي ، أو كان مجبراً ، فأما إذا عينته لغير المجبر . . فليعينه الولي للوكيل ، فإن لم يفعل وزوج من غيره . . لم يصح ، وإن اتفق التزويج

---

(١) المنهاج (ص ٣٧٧) .
(٢) الحاوي (ص ٤٥٨) ، المنهاج (ص ٣٧٧) .
(٣) المنهاج (ص ٣٧٧) .
(٤) انظر « التنبيه » (١٥٨ ، ١٥٩) .
(٥) المنهاج (ص ٣٧٧) .

منه . . **فالأظهر** : المنع أيضاً ، وظاهر كلامهم طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة .

قال الإمام : والقياس : تخصيصهما بمن لم ترض ، وإلا . . لم يشترط[1] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : بل القياس الإطلاق ؛ لأن المعنى المقتضي للتعيين اختلاف الرغبات بالنسبة إلى الأشخاص ، وذلك لا يختلف بالكفء وغيره ؛ ولهـٰذا لو وكل الرجل في قبول النكاح . . ففي اشتراط التعيين وجهان مختلف في الترجيح فيهما ، وليس من جهة الكفاءة ، بل من الجهة التي قدمناها .

٣٥٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٧] : (**ويحتاط الوكيل فلا يزوج غير كفء**) يرد عليه أنه لا يزوج كفئاً أيضاً ، وقد طلبها أكفاء منه ، فلو زوج غير كفء أو كفئاً مع خطبة أكفاء منه . . لم يصح على الأصح .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الصواب** : القطع به وإن جرى الخلاف في الولي ؛ لأن قضية الإطلاق الحمل على المصلحة كما إذا أطلق . . يبيع بثمن المثل .

٣٥٤٤ـ قوله : (**وغير المجبر إن قالت له : « وَكِّل » . . وَكَّلَ**)[2] يتناول ما إذا قالت : (زوج ووكّل) وما إذا قالت : (وكّل) وسكتت عن التزويج ، وما إذا قالت : (وكّل ولا تزوج) وقد نقل الإمام هـٰذه الأخيرة عن الأئمة : بطلان الإذن[3] .

٣٥٤٥ـ قوله : (**وإن قالت : « زوجني » . . فله التوكيل في الأصح**)[4] مخالف لظاهر النص ؛ حيث قال : جاز للولي الذي لا أمر للمرأة معه أن يوكل ، وهـٰذا للأب خاصة في البكر ، ولم يجز لولي غيره للمرأة معه أمر أن يوكل ، أبٌ في ثيب ، ولا غير أب إلا بأن تأذن له أن يوكل بتزويجها ؛ فيجوز بإذنها ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني .

٣٥٤٦ـ قوله : (**وليقل وكيل الولي : « زوجتك بنت فلان »**)[5] أي : وإن لم يقل : موكلي ؛ هـٰذا إذا كان الزوج يعلم الوكالة ، وإلا . . اشترط ، قاله في « التتمة » .

٣٥٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**وإن كانت مجنونة ؛ فإن كانت صغيرة . . جاز للأب والجد تزويجها ، وإن كانت كبيرة . . جاز للأب والجد والحاكم تزويجها**) اقتصر في الكبيرة على الجواز ، وهو واجب عند الحاجة ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٣٧٨] : (**ويلزم المجبر تزويج مجنونة بالغة**) و« الحاوي » فقال بعد ذكر الأب ثم الجد [ص ٤٥٦] : (**ولزمه تزويج المجنونة التائقة ، ثم**

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/١١٢ ، ١١٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٨) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/١١٥) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٨) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٨) .

السلطان المجنونة بالحاجة) وعبارته أحسن من عبارة « المنهاج » هنا من ثلاثة أوجه :

أحدها : أنه قد يفهم من لفظ الإجبار اختصاص ذلك بالبكر ؛ فإنها التي تجبر ، وليس كذلك ، فلا فرق هنا بين البكر والثيب .

ثانيها : أنه لم يعتبر الحاجة مع ذكره لها في المجنون ولا بد منها في المجنونة أيضاً بالنسبة للوجوب .

ثالثها : أنه لم يذكر تزويج الحاكم للمجنونة ، لكن ذكر « المنهاج » المسألة بعد ذلك في فصل آخر ، وعبر بعبارة سالمة من الأمور الثلاثة فقال : **(ويزوج المجنونة أب أو جد إن ظهرت مصلحة ، ولا تشترط الحاجة ، وسواء صغيرة وكبيرة ، ثيب وبكر ، فإن لم يكن أب وجد.. لم تزوج في صغرها ، فإن بلغت.. زوجها السلطان في الأصح للحاجة ، لا لمصلحة في الأصح)**(1) وقد تفهم عبارة « التنبيه » مساواة الحاكم للأب والجد في تزويج المجنونة الكبيرة ، وليس كذلك ؛ فإنهما يزوجانها بالمصلحة ، والحاكم لا يزوجها إلا بالحاجة كما أفصح به « الحاوي »(2) ، وقول « الحاوي » [ص ٤٥٦] : **(وشاور الأقارب)** ظاهره الوجوب ، وبه صرح البغوي والخوارزمي ، وقال الإمام بالاستحباب(3) ، **وصححه** الروياني ، وقال : إنه ظاهر النص ، ويوافقه قولهم في الخطبة على الخطبة : إن المعتبر رد السلطان وإجابته ، ثم هـٰذا كله في المطبقة ، فلو كان جنونها متقطعاً.. فلا تزوج حتىٰ تفيق فتأذن ، ويشترط وقوع العقد حال الإفاقة ، وصرح « المنهاج » و« الحاوي » بأنه لا يلزم تزويج الصغيرة المجنونة(4) ، لكن لو ظهرت الغبطة فيه.. ففيه احتمالان للإمام ، ومال إلى الوجوب .

٣٥٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٦] : **(ومجنون ظهرت حاجته)** يرد عليه أن محله : في المطبق ، وأن الحاكم يزوجه أيضاً عند فقد الأب والجد ، وقد ذكرهما « التنبيه » فقال [ص ١٥٧] : **(وإن كان مجنوناً ؛ فإن كان يفيق في وقت.. لم يزوج إلا بإذنه ، وإن كان لا يفيق وهو محتاج.. زوجه الأب أو الجد أو الحاكم)** وفي احتياج الحاكم إلىٰ مشاورة الأقارب ما تقدم في المجنونة ، وهو في « الروضة » وأصلها(5) ، وزعم في « المهمات » أن الرافعي أغفله ، وليس كذلك ، والمراد بحاجته إلى النكاح : إما ظهور رغبته فيهن بدورانه حولهن

---

(1) المنهاج (ص ٣٨٠ ، ٣٨١) .

(2) الحاوي (ص ٤٥٦) .

(3) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٤٦) .

(4) الحاوي (ص ٤٥٦) ، المنهاج (ص ٣٧٨) .

(5) فتح العزيز (٨/١٣) ، الروضة (٧/٩٥ ، ٩٦) .

وتعلقه بهن ، أو يتوقع شفاؤه بالوطء ، أو بأن يحتاج لخدمته ولا يوجد في محارمه من يحصل ذلك ، وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية .

واستشكل الرافعي هٰذا : بأن الزوجة لا يلزمها خدمته ، فربما تمتنع ، أو لا تفي إن وعدت[1] .

وأجاب بعضهم : بأن طبعها يدعوها إلىٰ خدمته .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهر كلامهم أن الوصي لا يزوج المجنون ، ويعضده نص الإمام ، لكن في « الشامل » في الوصايا ما يقتضي أنه يزوجه ، وهو الأقرب في الفقه ؛ لأنه ولي المال ، وإنما أراد الشافعي وأصحابه إخراج العصبات لا الوصي ؛ فإنه قائم مقام الأب .

٣٥٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٨] : (**ويلزم المجبر وغيره إن تعين إجابة ملتمسة التزويج**) شرطه : أن تكون بالغة ، وقد ذكره في العضل ، فقال : (**إذا دعت بالغة عاقلة**) وأوردناه هناك علىٰ عبارتي « التنبيه » و« الحاوي »[2] .

٣٥٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٨] : (**وإذا اجتمع أولياء في درجة . . استحب أن يزوجها أفقههم وأسنهم برضاهم**) فيه أمور :

أحدها : عبارة « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**وإن استوى اثنان في الدرجة والإدلاء . . فالأولىٰ : أن يقدم أسنهما وأعلمهما وأفضلهما**) فزاد الاستواء في الإدلاء ؛ ليحترز به عن نحو أخوين أحدهما شقيق والآخر لأب ؛ فإنهما مستويان في الدرجة مع أن الولاية للشقيق ؛ لتميزه بالإدلاء بالأم ، فكان ينبغي لـ« المنهاج » الاحتراز عن ذلك أيضاً ، وقد يقال : ليسا في درجة واحدة ولا حاجة للاحتراز .

ثانيها : ليس في عبارته إفصاح عن تقديم الأفقه على الأسن ؛ فإن الواو لا تدل على الترتيب ، وقد صرح بذلك « الحاوي » فقال [ص ٤٥٩] : (**وقدم الأفقه ثم الأسن**) ويرد عليه الأورع ، وقد ذكره الرافعي بينهما فقال : الأفقه ثم الأورع ثم الأسن[3] ، وحمل في « الكفاية » عبارة « التنبيه » المتقدمة على الترتيب ؛ أي : يقدم الأسن ثم الأعلم ثم الأفضل ، وليس في عبارته ما يدل عليه ، وهو مخالف لكلام الرافعي والنووي[4] .

ثالثها : صورة ذلك : أن تأذن المرأة لكل من الأولياء منفرداً ، أو تقول : أذنت في تزويجي من فلان ، فمن شاء منكم . . فليزوجني به ، وكذا لو قالت : رضيت بفلان زوجاً **على الأصح** ، وقيل :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/١٢) .

(٢) التنبيه (ص ١٥٧) ، الحاوي (ص ٤٥٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/٣) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٣) ، و« الروضة » (٧/٨٧) .

لا تزوج في هٰذه الصورة ، أما لو أذنت لأحدهم . . لم يزوج غيره ، ولو قالت : زوجوني . . اشترط اجتماعهم في **الأصح** .

٣٥٥١ـ قولهم : (**فإن تشاحوا . . أُقرع**)[١] شرطه : أن تأذن لجميعهم كما تقدم ، وأن يتحد الخاطب ، فإن تعدد ورغب كل ولي في خاطب . . فالتزويج ممن رضيت به ، فإن رضيتهما . . أمر الحاكم بالتزويج من أصلحهما ، قاله البغوي[٢] والرافعي في « الشرح الصغير » ، وقال الماوردي والروياني والمتولي : يزوجها السلطان بأصلحهما وهما عاضلان ؛ لامتناع كل من التزويج ممن رضيه الآخر ، وعليه حمل قوله عليه الصلاة والسلام : « فإن اشتجروا . . فالسلطان ولي من لا ولي له »[٣] ، ولا يقرع ؛ لئلا يصير قارعاً بين الزوجين .

٣٥٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**فإن خرجت القرعة لأحدهما فزوج الآخر . . فقد قيل : يصح ، وقيل : لا يصح**) **الأصح** : الصحة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، ولا يخفىٰ أن الصورة عند إذنها لكل منهم ، وقد قيده به « المنهاج »[٥] و« الكفاية » ، قال الرافعي : وهل يختص البطلان بقرعة السلطان أم يعم ؟ فيه تردد للإمام[٦] ، وعلى الصحة : يكره في قرعة السلطان دون غيره ، قاله الإمام بحثاً[٧] ، وخرج بقيد خروج القرعة لأحدهما ما لو بدر واحد وزوج مع التنازع قبل القرعة . . فإنه يصح قطعاً بلا كراهة ، قاله القاضي مجلي .

٣٥٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٨] : (**ولو زوجها أحدهم زيداً والآخر عمراً**) المسألة بأحوالها الخمسة محلها كما قال الماوردي : ما إذا كانا كفئين ، فإن كانا غير كفئين . . فنكاحهما باطل ، أو أحدهما كفء . . فنكاحه هو الصحيح ولو تأخر[٨] .

٣٥٥٤ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ولو سبق معين ثم اشتبه . . وجب التوقف حتىٰ يتبين**)[٩] قال شيخنا الإمام البلقيني : **المختار** عندي في هٰذه الصورة عند اليأس من التبين : عدم التوقف ، والمصير إلىٰ إنشاء الفسخ .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٥٨) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٨) .
(٢) انظر « التهذيب » (٥/٢٨٢) .
(٣) أخرجه أبو داوود (٢٠٨٣) ، والترمذي (١١٠٢) ، وابن ماجه (١٨٧٩) ، والنسائي في « الكبرىٰ » (٥٣٩٤) ، وأحمد (٢٤٢٥١) من حديث سيدتنا عائشة رضي الله عنها .
(٤) الحاوي (ص ٤٥٩) ، المنهاج (ص ٣٧٨) .
(٥) المنهاج (ص ٣٧٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٣ ، ٤) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٩٥ ، ٩٦) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٩/١٢١ ، ١٢٢) .
(٩) انظر « الحاوي » (ص ٤٥٩ ، ٤٦٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٧٨) .

٣٥٥٥ـ قول « الحاوي » فيما إذا التبس السابق في إنكاح وليين [ص ٤٥٩] : (**ولا نفقة**) تبع فيه الإمام ؛ فإنه صححه[١] ، وكلام « الوسيط »[٢] يقتضىٰ ترجيحه أيضاً ، والذي في « الوجيز » أنهما يتفقان[٣] ، وبه أجاب ابن كج ، وليس في « الروضة » وأصلها إفصاح بترجيح[٤] .

٣٥٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٨] : (**فإن ادعىٰ كل زوج علمها بسبقه . . سُمعت دعواهما بناءً على الجديد ـ وهو قبول إقرارها بالنكاح ـ**) فيه أمور :

أحدها : كذلك لو ادعىٰ ذلك إحداهما فقط . . كانت دعواه مسموعة ، وهو مفهوم من ذكر المبني عليه وهو قبول إقرارها بالنكاح .

ثانيها : لو عبر بقوله : (علمها بأنه السابق ، أو بسبق نكاحه) . . لكان أحسن ؛ لاحتمال عود الضمير في قوله : (**بسبقه**)[٥] علىٰ مطلق النكاح ، فيتناول دعوىٰ كل علمها بسبق أحدهما من غير تعيين ، ومن المعلوم أن هـٰذه دعوىٰ لا تسمع لعدم الفائدة فيها ، لكن المراد : علمها بسبق نكاحه كما في « المحرر »[٦] ، وقال شيخنا ابن النقيب : لو قال : (علمها السابق) . . لكان أحسن[٧] ، وهـٰذه عبارة مدخولة ؛ فإنه لا تسمع دعوىٰ كل **علمها** بالسابق حتىٰ يقرن به ، وأنه هو السابق ، فما ذكرناه أولاً أولىٰ .

ثالثها : خرج بذلك دعوىٰ أحدهما على الآخر ، فلا تسمع خلافاً للصيدلاني وغيره ، والدعوىٰ على الولي مع أنها مسموعة إذا كان مجبراً **على الأصح** ؛ لما تقدم من قبول إقرار المجبر دون غيره .

٣٥٥٧ـ قوله : (**فإن أنكرت . . حلفت**)[٨] يحتمل أن تحلف لكل واحد منهما يميناً ، وأن تحلف لهما يميناً واحدة ، وبالأول قال البغوي[٩] ، **وصححه السبكي** ، وبالثاني قال القفال والإمام والغزالي وغيرهم **إن** حضرا ، لكن اعتبر الإمام رضاهما بها[١٠] ، وإن حضر أحدهما وحلفها ثم جاء الآخر . . ففي تحليفها له وجهان جاريان في كل اثنين ادعيا شيئاً واحداً كما قال الرافعي هنا[١١] ،

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٢٩) .
(٢) الوسيط (٥/ ٨٩) .
(٣) انظر « الوجيز » (٢/ ١٤) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٥) ، الروضة (٧/ ٨٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٨) .
(٦) المحرر (ص ٢٩٤) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٥/ ٣٦٣) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٣٧٨) .
(٩) انظر « التهذيب » (٥/ ٢٩٢) .
(١٠) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٣٤ ، ١٣٥) ، و« الوسيط » (٥/ ٩١) .
(١١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٨) .

وجزم في (اللعان) فيما إذا ادعيا عليه مالاً فأنكر . . بأنه يحلف لكل منهما يميناً[1] ، وكذا في (الدعاوىٰ)[2] ، فإن رضوا بيمين واحدة . . **فالأصح** عند النووي : المنع[3] ، وينبغي أن يقال : إن حلفت أنها لا تعلم أنه السابق . . فللآخر تحليفها قطعاً ، وإن حلفت أنها لا تعلم السابق . . فهو موضع الخلاف في أنه هل يحتاج إلىٰ يمين للآخر أم لا ؟

٣٥٥٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٠] : (**فإن حلفت بجهل السابق . . فالنكاح لمن حلف**) تبع فيه الإمام والغزالي ؛ فإنهما قالا : إن التداعي بين الزوجين والتحالف إنما ينكر ابتداء ، فأما بعد الدعوىٰ عليها وحلفها . . فيتداعيان ، فإن حلفا أو نكلا . . استمر الإشكال ، وإن حلف أحدهما فقط . . قضي له بالنكاح[4] ، لكن الذي نص عليه في « الأم » وقال به العراقيون والماوردي كما حكاه ابن الرفعة : أنه لا تحالف بينهما مطلقاً ، ويبقى الإشكال[5] ، وصرح ابن الرفعة تفريعاً عليه بأنه يبطل النكاحان .

٣٥٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٨] : (**وإن أقرت لإحدهما . . ثبت نكاحه . وسماع دعوى الآخر وتحليفها له يبنىٰ على القولين فيمن قال : « هـٰذا لزيد بل لعمرو » هل يغرم لعمرو ؟ إن قلنا : نعم . . فنعم**) هو **الأصح** فيهما .

٣٥٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**ولا يجوز لأحد أن يتولى الإيجاب والقبول في نكاح واحد ، وقيل : يجوز للجد أن يوجب ويقبل في تزويج بنت ابنه بابن ابنه**) هـٰذا الوجه هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج »[6] ، و« الحاوي » ذكره في (البيع) لكنه عبر بالوالد[7] ، ومراده : الجد ، وشرطه : كون الابن صغيراً أو مجنوناً ، وكون بنت الابن بكراً أو مجنونة ، وكون أبويهما ميتين أو مسلوبي الولاية لفسق ونحوه .

وأفهم كلامهم أنه لا يجوز في غير هـٰذه الصورة ، فلو وكل الولي والخاطب واحداً أو وكله في تزويج بنته من نفسه فتولى الطرفين . . لم يصح **على الصحيح** ، ولو تولى الطرفين في تزويج عبده بأمته . . صح إن قيل : له إجباره ، **والأصح** : خلافه .

وفي « البحر » : لو أراد الحاكم تزويج مجنون بمجنونة . . لا نص فيه ، **والقياس** : أن لا يتولى الطرفين ولا يحتمل على المذهب غيره .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٨٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٨٣) .
(٣) انظر « الروضة » (١٢/ ٩١) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٣٤) ، و« الوسيط » (٥/ ٩١) .
(٥) الأم (٥/ ١٦) .
(٦) المنهاج (ص ٣٧٩) .
(٧) الحاوي (ص ٢٥٩) .

٣٥٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٧٩] : (**فلو أراد القاضي نكاح من لا ولي لها . . زوّجه من فوقه من الولاة أو خليفته**) كذا من هو مثله في بلده أو غيرها وفي معناه : الإمام الأعظم ، فيزوجه خليفته القاضي ، وفي الإمام وجه أنه يزوج نفسه ، حكاه في « التنبيه »[١] ، وفي معنى إرادتهما التزويج : ما لو أراد أحدهما تزويج من لا ولي لها لابنه الصغير .

فصل

[في اعتبار الكفاءة]

٣٥٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٩] : (**ولا يزوج أحد من الأولياء المرأة من غير كفء إلا برضاها ورضا سائر الأولياء**) المراد : الذين لهم ولاية حال العقد ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » [ص ٣٧٩] بـ (**الأولياء المستوين**) ، لكن كلام الأصحاب يقتضي أن الأبعد لا يكون ولياً مع الأقرب ، وحينئذ . . فقوله : (**المستوين**) زيادة بيان ، لا احتراز ، وقد يقال : إن الأبعد ولي أيضاً ، لكن الأقرب مقدم عليه فيحتاج إلى الاحتراز عنه ، فإن قيل : لم لا يجب رضا الأبعد للقرابة وإن لم يكن له الآن حق لما يلحقه من العار ؟ **قلت** : لأن القرابة تنتشر كثيراً فيشق اعتبارها ، ولا ضابط نقف عنده ، فقصر على الأقرب .

٣٥٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**فإن زوجها من غير كفء بغير رضاها أو بغير رضا بقية الأولياء . . فالنكاح باطل ، وقيل : فيه قولان ، أحدهما : أن النكاح باطل ، والثاني : أنه صحيح ولها الخيار**) فيه أمور :

أحدها : أن **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : بطلان النكاح ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٢] .

ثانيها : صورة المسألة : إذا كان الولي مجبراً ، أو كان غير مجبر أذنت له من غير تعيين زوج وجوزناه وهو **الأصح** ، وقد ذكر « المنهاج » التصويرين ، إلا أنه في تصوير غير المجبر قال : (**برضاها دون رضاهم**)[٣] ، وقد عرفت أنه يتصور مع رضاها في إذنها من غير تعيين ، وقال في تفريع الضعيف فيما إذا كان بغير رضا بقية الأولياء : (**ولهم الفسخ**)[٤] ، وفيما إذا كان بغير رضاها : (**وللبالغة الخيار ، وللصغيرة إذا بلغت**)[٥] .

---

(١) التنبيه (ص ١٥٩) .

(٢) الحاوي (ص ٤٥٩) ، المنهاج (ص ٣٧٩) .

(٣) المنهاج (ص ٣٧٩) .

(٤) المنهاج (ص ٣٧٩) .

(٥) المنهاج (ص ٣٧٩) .

ثالثها : قد ظهر بذلك أن قوله في تفريع الضعيف : (**ولها الخيار**) ناقص ؛ لاختصاصه بصورة ما إذا كان ذاك بغير رضاها ، أما إذا كان بغير رضا بقية الأولياء . . فالخيار لهم كما ذكره « المنهاج »[١] ، وتناولت عبارة « التنبيه » القاضي ، فمقتضاها : أن له تزويج من لا وليّ لها من غير كفء برضاها ، **والأصح** في « المنهاج » : بطلانه[٢] ، وعليه مشى « الحاوي »[٣] ، وقال بالصحة الشيخ أبو محمد والإمام والغزالي[٤] ، ومال إليه السبكي إلا أنه توقف آخراً بعد الكلام علىٰ حديث فاطمة بنت قيس ، وقال بالصحة شيخنا الإمام البلقيني أيضاً ، وقال : إن ما صححه الرافعي والنووي من البطلان ليس بالمعتمد ، وليس للشافعي نص شاهد به ، ولا وجه له ، وهو مخالف لمذهب أكثر العلماء . انتهىٰ[٥] .

ثم اعلم : أن محل الخلاف : عند تزويج القاضي لفقد الولي ، فلو زوج لغيبة الولي أو عضله أو إحرامه . . لم يكن له ذلك قطعاً ، وذلك شاهد للوجه الآخر ، ولو كان في الولي مانع من فسق ونحوه وليس بعده إلا القاضي فزوج من غير كفء برضاها . . فظاهر إطلاقهم طرد الوجهين .

قال السبكي : ولو قيل : إنه كالعضل . . لم يبعد .

٣٥٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**والكفاءة في الدين والنسب والصنعة والحرية**) أهمل السلامة من العيوب المثبتة للخيار ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٦] ثم هو علىٰ عمومه فيما إذا كانت الكفاءة لحق المرأة كالمجبرة أو غيرها إذا أطلقت الإذن وصححناه ، لكن استثنىٰ منه البغوي : التعنين ؛ لعدم تحققه ، وإطلاق الجمهور ـ وبه صرح الشيخ أبو حامد ـ : أنه لا فرق ، وصوب في « المهمات » استثناء البغوي ؛ لما رجحوه من أن الرجل قد يعن عن امرأة دون أخرىٰ وفي نكاح دون آخر مع اتحاد المرأة ، حتىٰ يثبت للمرأة الفسخ بالعنة في النكاح مع علمها بعنيته ؛ إما عن غيرها أو عنها نفسها في نكاح آخر . قال : وما قاله أبو حامد هو على القول الآخر ، وهو الاكتفاء بما ثبت من العنة ، وأما الكفاءة التي هي حق للولي . . ففي الجنون وكذا الجذام والبرص **في الأصح** ، لا في الجب والعنة ، وسيأتي بيانه في (الخيار) ، وقول « الحاوي » : (**وليست النسيبة**) إلىٰ قوله : (**كفء غيرٍ**)[٧] كان ينبغي أن يقول : (**وليست غير النسيبة . . .**) إلىٰ آخره

---

(١) المنهاج (ص ٣٧٩) .
(٢) المنهاج (ص ٣٧٩) .
(٣) الحاوي (ص ٤٥٩) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٩٨) ، و« الوسيط » (٥/٨٣ ، ٨٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٨٠) ، و« الروضة » (٧/٨٤) .
(٦) الحاوي (ص ٤٥٩) ، المنهاج (ص ٣٨٠) .
(٧) الحاوي (ص ٤٥٩) .

(كفؤاً لها) ؛ فإن المتبادر إلى الفهم عرفاً من قولنا : ليس زيد كفئاً لعمرو : أن عمراً أشرف ، وهـٰذا عكس المراد هنا .

٣٥٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : **(ولا حرة بعبد)** و« الحاوي » [ص ٤٥٩] : **(وليست الحرة كفء غيرٍ)** كذا الحرة الأصلية مع العتيق ، وقد ذكرها « المنهاج »[١] ، وكذا من مس الرق أحد آبائه وولد حراً . . ليس كفئاً لمن لم يمس الرق أحد آبائها **على المذهب** ، وعلىٰ هـٰذا من مس الرق أباه أو جداً له قريباً . . ليس كفئاً لمن مس جداً بعيداً لها ، واستشكله السبكي ، وكذا من مسه الرق وعتق . . ليس كفئاً لمن عتق أبوها كما ذكره أبو محمد بن الحسين ، وانفرد به ، قال ابن الصلاح : وأظنه ابن القاضي حسين ، ومن مس الرق أماً له أو جدة . . قال الرافعي : يشبه أنه كذلك[٢] ، ووافقه ابن الرفعة ، وفي كلام الماوردي ما يؤيده[٣] ، وفي « الروضة » : المفهوم من كلامهم أنه لا يؤثر ، وصرح به في « البيان »[٤] ، والمدبر والمكاتب والمبعض كالقن ، وهل العبد كفء للمبعضة ؟ فيه وجهان ، حكاهما الماوردي[٥] ، **وصحح** في « الذخائر » : أنه ليس كفئاً لها .

٣٥٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : **(ولا هاشمية بغير هاشمي)** دخل في غير الهاشمي المطلبي ، مع أنه كفء للهاشمية ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٦] ، ومقتضىٰ كلامهم : أن غير قريش من العرب أكفاء ، وحكاه الرافعي عن جماعة[٧] ، وقال النووي : إنه مقتضىٰ كلام الأكثرين[٨] ؛ لكن قال الرافعي : يقتضي اعتبار النسب في العجم اعتباره فيمن سوىٰ قريش من العرب[٩] ، قال النووي : وذكر الشيخ إبراهيم المروذي : أن غير كنانة ليسوا أكفاء لكنانة[١٠] ، واستدل له السبكي بقوله عليه الصلاة والسلام : « إن الله اصطفىٰ من العرب كنانة » ، قال : وهو حديث صحيح[١١] ، وقال الماوردي والروياني : قال البصريون من أصحابنا : غير قريش

---

(١) المنهاج (ص ٣٨٠) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٧٤) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ١٠٤) .

(٤) الروضة (٧/ ٨٠) ، وانظر « البيان » (٩/ ٢٠٠ ، ٢٠١) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ١٠٤) .

(٦) الحاوي (ص ٤٥٩) ، المنهاج (ص ٣٨٠) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٧٥) .

(٨) انظر « الروضة » (٧/ ٨٠ ، ٨١) .

(٩) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٧٥) .

(١٠) انظر « الروضة » (٧/ ٨١) .

(١١) أخرجه مسلم (٢٢٧٦) بلفظ : « إن الله اصطفىٰ كنانة من ولد إسماعيل . . . الحديث » .

متكافئون ، وقال البغداديون : بالتفاضل ؛ فيفضل مضر علىٰ ربيعة ، وعدنان علىٰ قحطان ؛ اعتباراً بالقرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم[1] .

وقال في « المهمات » : اعتبار النسب في الكفاءة أضيق منه في الإمامة العظمىٰ ؛ ولهٰذا قال : سووا بين قريش في الإمامة ، ولم يسووا بينها في الكفاءة ، وقد جزم الرافعي في الإمامة : بأنه إذا لم يوجد قرشي مستجمع الشروط . . نصب كناني ، فإن لم يكن . . فمن ولد إسماعيل ؛ فإن تعذر . . انتقلنا إلى العجم[2] ؛ فتقديم الكناني في النكاح أولىٰ ، ومقتضىٰ كلام « التنبيه » و« الحاوي » : عدم اعتبار النسب في العجم ، **والأصح** : خلافه ، وقد صرح به « المنهاج »[3] .

٣٥٦٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فليس فاسق كفء عفيفة**)[4] قد يفهم أنه لا يعتبر ذلك في آبائهما ، وبه صرح ابن الرفعة ، وقال : فمن أبوه كافر . . كفء لمن أبوها مسلم ، ولكن في « أصل الروضة » : أن من أسلم بنفسه ليس كفئاً لمن لها أبوان فأكثر في الإسلام في **الأصح** ، وفي معنى الفسق والعفة : أن المبتدع ليس كفئاً للسُّنِّية[5] ، وقال في « المهمات » : الذي يتوجه عند زيادة الفسق أو اختلاف نوعه عدم الكفاءة ، قيل : ولا يشك أن الفسق بالقتل والسكر ليس في تعدي المفسدة والنفرة ؛ كالعقوق وترك الصلاة ونحوهما .

٣٥٦٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فصاحب حرفة دنيئة ليس كفء أرفع منه**)[6] قد يفهم منه أنه لا يضره حرفة أبيه الدنيئة ، لكن قال الرافعي : الحرفة الدنية في الآباء والاشتهار بالفسق مما يُعيَّر به الولد ؛ فيشبه أن من حرفة أبيه دنية أو مشهور بفسق مع بنت من ليس كذلك ؛ كمن أسلم بنفسه مع بنت المسلم ، ثم قال : **والحق** : بأن يحعل النظر في حق الآباء ديناً وسيرة وحرفة من حيز النسب[7] ، وفي « المهمات » عن « الإشراف » للهروي : الجزم بخلافه ، وأن ذلك لا أثر له ، وجعل مثله : ولد[8] المعيب كابن الأبرص ونحوه ؛ قال الإمام والغزالي : لا عبرة بالانتساب لعظماء الدنيا والظلمة المستولين على الرقاب وإن تفاخر الناس بهم[9] ، قال الرافعي : ولا يساعد

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/١٠٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (١١/٧٢) .

(٣) المنهاج (ص ٣٨٠) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٥٩) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٠) .

(٥) الروضة (٧/٨١) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٥٩) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٠) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٧/٥٧٦) .

(٨) في النسخ : (ولذا) ، ولعل الصواب ما أثبت .

(٩) انظر « نهاية المطلب » (١٢/١٥٤) ، و« الوسيط » (٥/٨٥) .

عليه كلام النقلة في العظماء ، قال في « التتمة » في الكفاءة : وللعجم عرف في الكفاءة ؛ فيعتبر عرفهم[1] .

قلت : تتمة كلام « التتمة » : وهو أنهم يقدمون الأمراء والرؤساء والقضاة والعلماء على السوقة ، فيعتبر عرفهم ، ولا يجعل السوقة أكفاء لهـٰؤلاء الأصناف ، وقال في « المهمات » : عدم اعتبار الانتساب للظلمة واضح وللعظماء ممنوع ، وأقل مراتب الإمرة : أن تكون كالحرفة ، وصاحب الحرفة الخسيسة لا يكافىء النفيسة .

٣٥٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٥٦] : (**وليس له تزويج ابنه الصغير أمة ، وكذا معيبة**) المراد : العيب المثبت للخيار في النكاح ، فلو زوجه عمياء أو عجوزاً أو مفقودة بعض الأطراف . . ففيه وجهان بلا ترجيح في « الروضة » وأصلها[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح** : أنه لا يجوز ؛ فقد نص عليه في « الأم »[3] .

فصل

[في نكاح المحجور عليه بالسفه ونحوه]

٣٥٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٠] : (**وله تزويج صغير عاقل أكثر من واحدة**) لم يتقدم ما يعود عليه هـٰذا الضمير ، والمراد : الأب ، ثم الجد كما صرح به « المحرر » و« التنبيه » و« الحاوي »[4] ، وأطلق « التنبيه » تزويجه[5] ، وصرح « الحاوي » بأنه يزوجه أربعاً[6] .

٣٥٧١ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٨] : (**وإن كان سفيهاً وهو محتاج إلى النكاح . . زوجه الأب أو الجد أو الحاكم**) فيه أمور :

أحدها : أنه أطلق السفيه ، وكذا فعل « الحاوي »[7] ، والمراد : المحجور **عليه** بالسفه ؛ كما عبر به « المنهاج »[8] ، فخرج سفيه لا حجر عليه ؛ بأن بلغ رشيداً ثم سفه ، ولم يعد الحجر **عليه** ، وشرطناه **وهو الأصح** . . فتصرفه نافذ ، وجوز ابن الرفعة مجيء خلاف فيه من خلاف في أن دخول

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٧/ ٥٧٨) .
(٢) فتح العزيز (٧/ ٥٨١) ، الروضة (٧/ ٨٥) .
(٣) الأم (٥/ ١٩) .
(٤) التنبيه (ص ١٥٨) ، المحرر (ص ٢٩٥) ، الحاوي (ص ٤٥٦) .
(٥) التنبيه (ص ١٥٨) .
(٦) الحاوي (ص ٤٥٦) .
(٧) الحاوي (ص ٤٥٨) .
(٨) المنهاج (ص ٣٨١) .

وقت الشيء هل يقوم مقامه ؛ كرمي الجمار ؟ وكذلك : من بلغ سفيهاً ولم يتصل به حكم ، وهو المهمل . . فيزوجه كسائر تصرفاته ، وفيها خلاف ، ولا يرد ذلك على « التنبيه » لأنه ذكره في أقسام غير جائز التصرف ، وغير المحجور عليه جائز التصرف .

ثانيها : قد يفهم من عبارته ومن قول « الحاوي » [ص ٤٥٨] : (**بالحاجة**) : الاكتفاء بدعواه الاحتياج للنكاح ، وليس كذلك **في الأصح** ، بل لا بد من ظهور الحاجة بغلبة الشهوة بأمارات تدل عليها ، أو باحتياجه إلىٰ من يخدمه بالشرط المتقدم في المجنون ، وفيه ما تقدم .

والحق : أن عبارتهما لا تفهم ذلك ؛ بل تقتضي ثبوت الاحتياج ، ولم يتعرض « المنهاج » لاعتبار الحاجة في تزويج السفيه ، وهو وارد عليه .

ثالثها : قد يفهم تزويجه بغير إذنه ، وهو محكي عن العراقيين ، **والأصح** : خلافه ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٨١] : (**وإن قَبِلَ له وليّه . . اشترط إذنه في الأصح**) وهو مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٤٥٨] : (**وعكسه**) أي : عكس تزويجه بإذن الولي ، وهو تزويج الولي له بإذنه .

رابعها : مقتضىٰ كلامه : أن الحاكم إنما يزوجه عند فقد الأب والجد ؛ ومحل هـٰذا : ما إذا بلغ سفيهاً ، فإن بلغ رشيداً ثم أعيد الحجر عليه . . **فالأصح** : أن الذي يليه هو الحاكم كما ذكروه في (الحجر) ، وأحالوا الأمر هنا عليه ، وحكى الرافعي هنا : التصريح به عن أبي الفرج الزاز[1] .

خامسها : مقتضىٰ كلامه : أنه لا يزوجه الوصي ، وهو الذي ذكره النووي في « الروضة » من زيادته ، فقال : **الأصح** : أنه إن كان له أبٌ أو جدٌ . . فالتزويج إليه ، وإلا . . فلا يجوز أن يزوجه إلا القاضي أو من فوض القاضي إليه تزويجه ، وممن جزم بذلك الشيخ أبو محمد . انتهىٰ[2] .

لكن كلام الرافعي هنا يدل علىٰ تزويج الوصي ؛ فإنه قال : والكلام فيمن يلي أمر السفيه سبق في الحجر[3] ، وصرح بذلك في الوصايا ، وحذفه من « الروضة » هناك ، وحكي عن نص الشافعي في « الأم » و« المختصر »[4] ، ونقله شيخنا الإمام البلقيني عن الشيخ أبي حامد والماوردي وصاحب « الذخائر » ، ومال إليه ، وصنف فيه تصنيفاً سماه « الجواب الوجيز عن تزويج الوصي للسفيه » ، وهو ظاهر إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » الولي .

٣٥٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨١] : (**فإن زاد . . فالمشهور : صحة النكاح بمهر المثل من المسمىٰ**) وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٤٥٨] : (**ولغا الزائد**) ويوافقه قول « التنبيه » في

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٩/٨) .

(٢) الروضة (١٠٠/٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٩/٨) .

(٤) الأم (١٢١/٤) ، مختصر المزني (ص ١٤٦) .

(الصداق) [ص ١٦٦] : (**ولا يتزوج السفيه بأكثر من مهر المثل ، فإن زاد.. بطلت الزيادة**) ، ومقتضاه : ثبوت قدر مهر المثل من عين المسمىٰ ، وقال ابن الصباغ : القياس بطلان المسمىٰ والرجوع إلىٰ مهر المثل ، ويوافقه قول « المنهاج » في الصداق [ص ٣٩٧] : (**ولو نكح لطفل بفوق مهر المثل.. فسد المسمىٰ ، والأظهر : صحة النكاح بمهر المثل**) ، وقول « الحاوي » هناك فيما يوجب فساد الصداق [ص ٤٧٨] : (**ولابنه بأكثر**) ، وأما قول « التنبيه » هناك أيضاً [ص ١٦٥ ، ١٦٦] : (**ولا يزوج ابنته الصغيرة ولا ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل ، فإن نقص ذلك وزاد هنا.. وجب مهر المثل وبطلت الزيادة**).. فإنه يقتضي صدره ـ وهو قوله : (**وجب مهر المثل**)[1] ـ إلغاء المسمىٰ ، وآخره ـ وهو قوله : (**وبطلت الزيادة**)[2] ـ وجوب قدر مهر المثل من المسمىٰ كما تقدم في السفيه ، وهـٰذا الثاني هو الذي فهمه في « المهمات » ، وقال : إن صاحب « التنبيه » سوىٰ بينهما ، وحكم ببطلان الزائد فقط ، وأقره النووي في « تصحيحه » .

وقال السبكي : في تصوير المسألة بين الأصحاب وابن الصباغ نظر ؛ فإن الولي إن لم يتعرض لمهر.. فالعقد إنما يكون على الذمة ، ولا يصح إلا بمهر المثل لا بمسمىٰ غيره ؛ فلا يتحقق الخلاف ، وإن أذن في عين هي أكثر من مهر المثل.. فينبغي أن يبطل في الزائد ، وفي الباقي خلاف تفريق الصفقة ، أو هو كبيعه بالإذن عيناً من ماله ، قال : ويمكن أن يصور بقوله : (أنكح فلانة وأصدقها من هـٰذا المال) فأصدق منه أكثر من مهر مثلها ، لكن يأتي فيه الخلاف في إذنه في البيع ، قال : وقد يصور بما إذا لم ينص على المهر ، وعقد علىٰ زائد من غير نقد البلد.. فعند ابن الصباغ : يرجع إلىٰ مهر المثل من نقد البلد ، وعند غيره : يصح في قدر مهر المثل مما سمىٰ .

٣٥٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨١] : (**ولو قال : انكح بألف ولم يعين امرأة.. نكح بالأقل من ألفٍ ومهر مثلها**) و« الحاوي » [ص ٤٥٨] : (**بأقل مهر اللائقة والمعين**) أورد عليه : أن مقتضاه : عدم الصحة فيما إذا نكح بما عينه الولي ، وهو مهر مثلها ؛ لاشتراطهما الأقلية ، **والحق** : أن هـٰذا لا يرد ؛ لأن المراد : الأقلية إن كان أحد الأمرين أقل من الآخر ، فأما إذا استويا.. فلا أقلية ، وفي قول « الحاوي » [ص ٤٥٨] : (**اللائقة**) إشارة إلىٰ أنه لو نكح شريفة يستغرق مهرها ماله.. لم يصح ، وقد ذكره « المنهاج » [ص ٣٨١] بعد ذلك بقوله : (**وينكح بمهر المثل من تليق به**) وظاهره : أنه لو فعل غير ذلك.. لم يصح جزماً ، وفيه وجهان : اختيار الإمام والغزالي بطلان النكاح[3] ، ولو أراد « المنهاج » عود الخلاف إلىٰ هـٰذه.. لعطفه علىٰ ما قبله ، فقال : (وأنه ينكح) وقد يفهم

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٦٦) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٦٦) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٥٨) ، و« الوسيط » (٥/٩٦) .

من قوله : (وينكح)[1] أنه لا يوكل ، وكذا قاله ابن كج ، وفيه احتمال لابن الرفعة .

٣٥٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨١] : (**ولو نكح السفيه بلا إذن . . فباطل ، فإن وطىء . . لم يلزمه شيء**) يشمل المهر ، وصرح به « الحاوي »[2] ، واستشكله الرافعي ؛ لأنه حق للزوجة ، وقد تزَوَّج جاهلة بحاله[3] .

وأجاب عنه بعضهم : بأن حقها بطل بتمكينها ، ونقل الماوردي : أن محل الخلاف عند البصريين : عند جهلها ، وإلا . . فلا مهر قطعاً ، وعند البغداديين : أنه في الحالين[4] .

وصورة سقوط المهر : أن تكون المرأة رشيدة ، فإن كانت سفيهة . . وجب لها مهر المثل كما ذكره النووي في « فتاويه » .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : وينبغي أيضاً استثناء من زوجت بالإجبار ؛ فإنه لا تقصير من جهتها ؛ فإنها لم تأذن والتمكين واجب عليها ، وهـٰذه صورة لا مهر في الوطء فيها مع انتفاء الحد ، وقد ذكر « الحاوي » معها صورتين أخرتين :

الأولىٰ : أن يزوج عبده أمته .

والثانية : أن يعتقها مريض وهي ثلث ماله وينكحها ويموت . . فلا مهر فيهما[5] .

وبقيت **صورة رابعة** ، وهي : ما إذا نكح كافر كافرة بالتفويض واعتقد أن لا مهر ثم أسلما ، وهي مذكورة في نكاح المشركات .

وخامسة ، وهيٰ : وطء النبي صلى الله عليه وسلم ، فمن خصائصه : أنه لا يجب عليه مهر وإن لم يكن العقد بلفظ الهبة .

وسادسة بحثها الرافعي فيما لو أصدق الحربي امرأته مسلماً استرقوة وأقبضها إياه ثم أسلما وانتزع من يدها . . أنه لا يجب مهر كما لو أصدقها خمراً وأقبضها ثم أسلما[6] .

قال في « التوشيح » : وبقيت صور لا عقر فيها ولا حد ، ولكن فيها التعزير ؛ **منها** : وطء الميتة علىٰ خلاف في الحد ، **ومنها** : وطء جاريته المرتدة ، **ومنها** : وطء أخته المملوكة علىٰ خلاف فيه ، **ومنها** : وطء الموقوفة علىٰ خلاف فيه ، **ومنها** : وطء البائع الجارية المبيعة ؛ ففي كل من وجوب الحد والمهر خلاف ، ثم قال : ومما ينبغي النظر فيه أيضاً أنه هل المراد بالعقر : المهر

---

(١) المنهاج (ص ٣٨١) .
(٢) الحاوي (ص ٤٥٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/١٨) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٤٧١) .
(٥) الحاوي (ص ٤٥٩) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/١٠١) .

فيرد أيضاً وطء المملوكة ، أو المال مطلقاً فلا يرد ؟ لأن وطئه صادر بعد ملكه بعوض من شراء أو ميراث أو غيرهما . انتهىٰ .

٣٥٧٥ـ قول « التنبيه » في كثير من نسخه [ص ١٥٧] : (**وإن كان يكثر الطلاق . . سُرِّي بجارية**) و« الحاوي » [ص ٤٥٨] : (**وإن كان مطلاقاً . . سُرِّي بأمة**) **صوابه** : حذف الباء ، وكذا هو في نسخة الشيخ من « التنبيه » ، نبه عليه النووي في « تحريره »[١] ، لكنه عبر به في « الروضة » أيضاً[٢] ، ومقتضىٰ هـٰذا الكلام : أنه لا يسري ابتداءً ، والظاهر جوازه ، وأنه إنما أريد بالتقييد بكثرة الطلاق : تعين التسري .

٣٥٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨١] : (**ومن حجر عليه بفلس . . يصح نكاحه ، ومؤن النكاح في كسبه**) أي : فإن لم يكن له كسب . . ففي ذمته إلىٰ فك الحجر عنه .

٣٥٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨١] : (**ونكاح العبد بلا إذن سيده باطل ، وبإذنه صحيح**) ، وقول « التنبيه » [ص ١٥٧] : (**وإن كان كبيراً . . تزوج بإذن المولىٰ**) لا فرق فيه بين أن يكون السيد ذكراً أو أنثىٰ ، وفي تناول اللفظ للأنثىٰ نظر ، وقد صرح بذلك « الحاوي » بقوله [ص ٤٥٥] : (**ونُطق السيدة**) وأشار إلىٰ أنه لا يكفي سكوتها ولو كانت بكراً .

٣٥٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٧] : (**وإن كان عبداً صغيراً . . زوجه المولىٰ**) ثم قال في العبد الكبير : (**وهل للمولىٰ أن يجبره على النكاح ؟ فيه قولان ، أصحهما : أنه ليس له إجباره**)[٣] **الأصح عند الرافعي والنووي** : أنه يجري في الصغير القولان في الكبير[٤] ، **والأظهر** : المنع ، والمجنون في معنى الصغير ؛ ولهـٰذا أطلق « المنهاج » قوله [ص ٣٨٢] : (**والأظهر : أنه ليس للسيد إجبار عبده على النكاح**) وعليه مشى « الحاوي »[٥] ، بل حكى الدزماري طريقة ثالثة ، وهي : القطع بمنع تزويج الصغير ؛ لأن في الكبير غرضاً ظاهراً ، وهو الصيانة ، بخلافه ، لكن ذكر الرافعي في (الرضاع) : أنه لو زوج مستولدته من عبده الصغير ، فأرضعته بلبن السيد . . حرمت على السيد والصغير معاً[٦] ، وفي التحليل عن الأئمة ـ إن أَسْلَمَ ـ طريق في الباب ، وأدفعه للعار والغيرة : أن تزوج بعبد طفل للزوج أو غيره ، وتستدخل حشفته ، ثم تملكه ببيع أو هبة . . فينفسخ النكاح ،

---

(١) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٥٠) .
(٢) الروضة (٧/ ١٠٠) .
(٣) التنبيه (ص ١٥٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢١) ، و« الروضة » (٧/ ١٠٢) .
(٥) الحاوي (ص ٤٥٥) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٥٨٩) .

ويحصل التحليل إذا اكتفينا بوطء الصغير ، لكنه قال عقبه : ويتعلق بأصل آخر ، وهو إجبار العبد الصغير .

قال في « المهمات » : وهو تصرف منه مناف لكلامهم ، ورجح في « المهمات » تزويج العبد الصغير ، وقال : إنه نص الشافعي والأصحاب والقياس الجلي .

٣٥٧٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وله إجبار أمته بأيّ صفة كانت**)[١] يستثنىٰ منه : أنه ليس له تزويجها لمن به عيب يثبت الخيار ، وقد صرح به « التنبيه » بعد ذلك في (باب الخيار في النكاح) و(الرد بالعيب)[٢] ، والمراد أيضاً : الكاملة الرق ، أما المبعضة . . فلا تجبر .

٣٥٨٠ـ قولهما : (**وقيل : إن كانت محرمة عليه . . لزمه تزويجها**)[٣] المراد : التحريم المؤبد كما ذكره ابن الرفعة وغيره ، وقيد ابن يونس في « النبيه » الوجوب بالبلوغ ؛ لانتفاء الحاجة مع الصغر ، وهو واضح .

٣٥٨١ـ قول « التنبيه » في المكاتبة [ص ١٥٨] : (**وإن دعت إلىٰ تزويجها . . فقد قيل : يجب ، وقيل : لا يجب**) صحح ابن الرفعة الأول ، والنووي الثاني[٤] .

٣٥٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٢] : (**ولا يُزَوِّج وليٌّ عَبْدَ صبيٍّ**) كذلك المجنون والسفيه ، فلو عبر بـ(المحجور) . . لكان أولىٰ ، والصبية والمجنونة والسفيهة كذلك .

٣٥٨٣ـ قول « التنبيه » في أمة المرأة [ص ١٥٨] : (**فإن كانت المرأة غير رشيدة . . فقيل : لا تزوج ، وقيل : يزوجها أب المرأة أو جدها**) **الأصح** الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٨٢] : (**ويزوج أمته في الأصح**) أي : أمة الصبي ، والصبية في معناه ، وتعبير « التنبيه » بغير الرشيدة أعم[٥] ، لكنه خاص بالأنثىٰ ، فلو عبر بـ(المحجور) : لكان أعم ، وإنما يجوز ذلك بشرط الغبطة ؛ ولهـٰذا قال الحاوي [ص ٤٥٥] : (**ووليه بالمصلحة**) .

وفي وجه ثالث : يزوج أمة الصبية دون أمة الصبي ، وحكي عن النص ، قال الإمام : ويجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة وإن لم تزوج السيدة ، وليس للأب تزويج أمة بنته البكر البالغة قهراً وإن زوج السيدة[٦] .

قال الرافعي : وهـٰذا يوافق وجهاً للأصحاب في أن ولي المال يزوج أمة الصغير والمجنون ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٥٨) ، و« الحاوي » (ص ٤٥٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٨١) .
(٢) التنبيه (ص ١٦٢) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٥٨) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٢) .
(٤) انظر « الروضة » (٧/١٠٥) .
(٥) التنبيه (ص ١٥٨) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ١٦٤ ، ١٦٥) .

والأظهر : أن الذي يزوجها هو ولي النكاح الذي يلي المال ، وعلىٰ هـٰذا لا يزوج الأب أمة الثيب الصغيرة ، انتهىٰ[1] .

٣٥٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٥٩] : (**وإن كانت حرة** . . **لم يجز** ـ أي العزل عنها ـ **إلا بإذنها** ، **وقيل** : **يجوز من غير إذنها**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » [٤٧٣] وقال الإمام : وحيث حرمنا . . فذاك إذا نزع بقصد أن يقع الإنزال خارجاً تحرزاً عن الولد ، فأما إذا عنَّ له أن ينزع لا علىٰ هـٰذا القصد . . فيجب القطع بأن لا يحرم[2] .

* * *

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٦) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٥٠٥) .

باب ما يحرم من النكاح

٣٥٨٥ـ قال ابن الرفعة : المراد بالتحريم هنا : عدم الصحة ، قال السبكي : لا ضرورة إلىٰ هـٰذا ، بل التحريم هنا علىٰ حقيقته ومعه عدم الصحة .

٣٥٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠] : (**ويحرم على الرجل نكاح الأم والجدات** . . . إلىٰ آخره) ولا معنىٰ لتخصيص ذلك بالرجل . . فإن التحريم شامل للنوعين ؛ ولهـٰذا أطلق « المنهاج » فقال [ص ٣٨٣] : (**تحرم الأمهات** . . . إلىٰ آخره) واكتفيا بتفصيل المحرمات عن ذكر ضابطهن ، وذكر لهن « الحاوي » ضابطين فقال [ص ٤٦٠] : (**وحرم من النسب والرضاع غير ولد الخؤولة والعمومة**) ثم قال [ص ٤٦١] : (**أو على الرجل أصوله وفصوله وفصول أول أصوله ، وأول فصل من كل أصل**) ويرد على الضابط الثاني ما ورد على « التنبيه » في التقييد بالرجل ، وأنه لا بد من تقييد قوله [ص ٤٦١] : (**وأول فصل من كل أصل**) بقوله : (بعده) أي : بعد أول الأصول ؛ للاحتراز عن التكرار بدخول الأخوات .

٣٥٨٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٠] : (**لا ولد الزنا على الأب**) احترز به عن الأم ؛ فإنه يحرم عليها نكاح ولدها من الزنا ، لكن أورد عليه : أن انتفاء الحرمة لا يختص بالأب ؛ فإن أقاربه كذلك ، لكن يعرف حكمهم من حكمه ؛ لإدلائهم به ، وعبر « المنهاج » عن ذلك بقوله [ص ٣٨٣] : (**والمخلوقة من زناه تحل له ، ويحرم على المرأة ولدها من زنا**) وقد يفهم منه الحل المستوي الطرفين ، وليس كذلك ، بل هو مكروه .

٣٥٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٣] : (**وكل من أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك ، أو من ولدك ، أو ولدت مرضعتك ، أو ذا لبنها . . فأم رضاع**) يرد علىٰ هـٰذا الضابط : من أرضعت ذا اللبن .

٣٥٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠] : (**وما حرم من ذلك بالنسب حرم بالرضاع**) استثنى « المنهاج » و« الحاوي » من ذلك أربع صور ، فقال المنهاج [ص ٣٨٣] : (**ولا يحرم عليك من أرضعت أخاك ونافلتك ، ولا أم مرضعة ولدك وبنتها**) وعبر « الحاوي » عن الأخيرة بأخت الولد[١] ، وهو الذي عبر به الرافعي[٢] ، وحذف في « التعجيز » أم الحافد ، وزاد ثلاث مسائل ، وهي : أم العم ، وأم الخال ، وأخو الابن ، وصورة هـٰذه الأخيرة في امرأة لها ابن ، ثم إن ابنها

---

(١) الحاوي (ص ٤٦١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣١) .

ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن.. فذلك الابن أخو ابن المرأة المذكورة أولاً ، ولا يحرم عليها أن تتزوج بهـٰذا الذي هو أخو ابنها .

وقال النووي في « الروضة » : كذا قال جماعة من أصحابنا تستثنى الصور الأربع ، وقال المحققون : لا حاجة إلى استثنائها ؛ لأنها ليست داخلة في الضابط ؛ ولهـٰذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب ولا اسْتُثْنِيَتْ في الحديث الصحيح : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[١] لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإنما حرمت لكونها أماً أو حليلة أب ، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولىٰ ، وكذا القول في باقيهن[٢] ، وسبقه إليه الرافعي فقال في (الرضاع) : قد يقال : المراد : ما يحرم من النسب ، والتحريم في تلك الصور ليس من جهة النسب ، وإنما هو من جهة المصاهرة[٣] .

٣٥٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٣] : (**وعكسه**) أي : لا تحرم عليك أخت أخيك لأمك لأبيه ، وهو من زيادته على « المحرر » و« الشرحين » .

٣٥٩١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وكذا بناتها** ـ أي : الزوجة ـ **إن دخلت بها**)[٤] قد يفهم حل المنفية باللعان إذا لم يدخل بالملاعنة ؛ لأنها بنت زوجة لم يدخل بها ، ولم يثبت كونها بنتاً ، **والأصح** : تحريمها ، وقد ذكرها « الحاوي » قبل ذلك فقال [ص ٤٦٠] : (**كالمنفية**) أي : باللعان .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأقرب عندي** : أن المحرمية لا تثبت لها ، وإن ثبتت الحرمة.. قال : ولم أقف فيه علىٰ نقل صريح ، وظاهر كلامهم إن الربيبة لا تحرم باستدخال أمها ماء الزوج ، لكن في « الروضة » وأصلها[٥] الجزم بأن استدخال الماء يثبت المصاهرة ، ومقتضاه : تحريم الربيبة .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هـٰذا الموضع مما أخالف فيه ، وأجزم بعدم تحريم الربيبة بذلك ؛ فإنه لم يوجد دخول .

واعلم : أن الثلاثة لما ذكروا محرمات المصاهرة.. لم يقيدوا ذلك بالنكاح الصحيح ، وقيده به في « المحرر » فقال : (ويحرم بالنكاح الصحيح أمهات الزوجة... إلىٰ آخره)[٦] ، وقال في

---

(١) أخرجه البخاري (٢٥٠٢) ، ومسلم (١٤٤٧) .
(٢) الروضة (٧/١١٠ ، ١١١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٧٧) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٠) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٣) .
(٥) فتح العزيز (٨/٣٧) ، الروضة (٧/١١٤) .
(٦) المحرر (ص ٢٩٧) .

« الدقائق » : **الصواب** : حذف لفظ (الصحيح) كما حذفها « المنهاج » فإن حرمة المصاهرة تثبت بالنكاح الفاسد . انتهىٰ[(١)] .

قال في « المهمات » : وهو غلط ، وتقييد « المحرر » هنا صحيح ، لكنه قال بعده : (ويحرم بالدخول في النكاح الصحيح بنات الزوجة . . . إلىٰ آخره)[(٢)] ، والتقييد هنا غير صحيح ، فلا فرق في التحريم بالدخول بين الصحيح والفاسد ، فأراد النووي التنبيه على الثاني . . فانتقل نظره إلى الأول فغلط . انتهىٰ بمعناه .

٣٥٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠] : (**ومن دخل بها الأب بملك أو شبهة**) المراد : الشبهة القائمة به لا بالمرأة ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٨٣] : (**بشبهة في حقه ـ قيل : أو حقها ـ**) و« الحاوي » [ص ٤٦١] : (**بشبهته**) فأضاف الشبهة إليه .

٣٥٩٣ـ وقوله : (**كما في العدة والنسب**)[(٣)] أورد عليه : أن ملك اليمين لا عدة فيه .

وجوابه : أن مراده : أن الاعتبار في الشبهة به كما أن الاعتبار بحاله في العدة والنسب ، وليس المراد : أنها كالزوجة في العدة والنسب .

وأورد علىٰ قوله [ص ٤٦١] : (**كالزوجة**) أنه يقتضي ثبوت المحرمية في وطء الشبهة حتىٰ يجوز النظر والخلوة والمسافرة ، وكذا **صححه** الإمام[(٤)] ، **والأصح** عند الجمهور وحكوه عن النص : خلافه ؛ ولهـٰذا اقتصر « التنبيه » و« المنهاج » على الحرمة[(٥)] .

٣٥٩٤ـ قوله : (**وفي المهر بشبهتها**)[(٦)] استثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني : ما لو وطئها في النكاح بلا ولي . . فإنه يجب لها المهر وإن اعتقدت التحريم ؛ لعموم قوله عليه الصلاة والسلام في حديث عائشة : « فإن أصابها . . فلها المهر بما استحل من فرجها » وهو حديث صحيح[(٧)] .

٣٥٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠] : (**فإن لمسها بشهوة أو وطئها فيما دون الفرج . . ففيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : أن **الأظهر** : عدم التحريم بذلك ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٦١] : (**لا الملموسة**) و« المنهاج » فقال [ص ٣٨٤] : (**وليست مباشرة بشهوة كوطء في الأظهر**) والتقييد

---

(١) الدقائق (ص ٦٨) .

(٢) المحرر (ص ٢٩٧) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٦١) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٣٠) .

(٥) التنبيه (ص ١٦٠) ، المنهاج (ص ٣٨٣) .

(٦) انظر « الحاوي » (ص ٤٦١) .

(٧) أخرجه الشافعي في « مسنده » (١/ ٢٧٥) ، والدارمي في « سننه » (٢١٨٤) ، والحميدي في « مسنده » (٢٢٨) .

بالشهوة ليس في « المحرر » ، قال في « الدقائق » : ولا بد منه[1] .

قلت : قال الإمام : منهم من أرسل ذكر الملامسة ولم يقيده بالشهوة ، فيجوز الاكتفاء بها كما في نقض الطهارة[2] .

قال السبكي : وإطلاق نص الشافعي يقتضيه ، وذكر الرافعي في الكلام على الإتيان في الدبر : أن القول بأن المباشرة بشهوة كالوطء قوي[3] .

ثانيها : ما حكيته من عبارته هو الذي وقفت عليه وأورده غير واحد بلفظ : (فإن لمسها بشهوة فيما دون الفرج) ليس فيه : (أو وطئها) ، وأوردوا عليه : أنه لا فرق في اللمس بين الفرج وغيره ، وبتقدير أن تكون عبارته كما حكوه . . فما احترز بقوله : (**فيما دون الفرج**) إلا عن الوطء .

ثالثها : ظاهر كلامه التحريم بالوطء في الدبر ؛ لأنه فرج ، وكذا هو مقتضىٰ عبارة « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، **وهو الأصح** .

٣٥٩٥/ ١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٤] : (**ولو اختلطت مَحْرَمٌ بنسوة قرية كبيرة . . نكح منهن ، لا بمحصورات**) عبارة « الحاوي » [ص ٤٦١] : (**معدودات**) والمراد بهن : ما لا يعسر عدهن بمجرد النظر ، ومثل الغزالي ما لا يعسر عدُّهُ بالعشرة والعشرين ، وعكسه بالألف ، قال : وبين الطرفين أوساط تلحق بأحدهما بالظن ، وما وقع فيه الشك . . استفت فيه القلب[5] .

٣٥٩٦ـ قولهما : (**ويحرم جمع المرأة وأختها أو عمتها أو خالتها**)[6] لا يختص تحريم الجمع بهٰذه الصور ، فيحرم أيضاً . . الجمع بين المرأة وخالة أحد أبويها أو عمة أحد أبويها ، وضابطه : كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع لو كانت إحداهما ذكراً . . لحرمت المناكحة بينهما ، واحترز بالقرابة والرضاع عن المصاهرة ؛ فإنه يجوز الجمع بين المرأة وأم زوجها أو زوجة ولدها ، وذكر في « الروضة » بدل المثال الثاني بنت زوجها ، وكلاهما صحيح[7] .

قال الرافعي[8] : وقد يستغنىٰ عن قيد القرابة والرضاع بأن يقال : يحرم الجمع بين كل امرأتين

---

(١) الدقائق (ص ٦٨) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٣٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٧٥) .
(٤) الحاوي (ص ٤٦١) ، المنهاج (ص ٣٨٤) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ١٠٣) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٦٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٤) .
(٧) الروضة (٧/ ١١٨) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٢) .

أيتهما قدرت ذكراً . . حرمت عليها الأخرىٰ ؛ فإن أم الزوج وإن حرمت عليها إذا قدرت ذكراً زوجة الابن . . لا تحرم علىٰ زوجة الابن لو قدرت ذكراً أم الزوج ؛ لأنها حينئذ أجنبية ، وأسقط ذلك في « الروضة »[1] ، واعتمده « الحاوي » فقال [ص ٤٦٢] : (**وثنتين أيةٌ فرضت ذكراً بينهما مُحَرِّمٌ**) .

ونقضه بعضهم بالمرأة وأمتها ، فيجوز جمعهما ، وأيتهما قدرت ذكراً . . لم تنكح الأخرىٰ .

٣٥٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٤] : (**فإن جمع بعقد . . بطل ، أو مرتباً . . فالثاني**) محله : ما إذا عُلمت السابقة ، فلو جهلت . . بطلا أيضاً ، ولو علمت الأولىٰ ثم نسيت . . اجتنبهما .

٣٥٩٨ـ قوله في ملك الأختين : (**فإن وطىء واحدة . . حرمت الأخرىٰ حتىٰ يُحَرِّم الأولىٰ ببيعٍ**)[2] لو عبر بـ (زوال الملك) كما فعل « الحاوي »[3] . . لكان أولىٰ ؛ ليتناول الهبة مع الإقباض والعتق والوقف .

٣٥٩٩ـ قول « المنهاج » عطفاً على المنفي [ص ٣٨٤] : (**وكذا رهن في الأصح**) أي : مع الإقباض ؛ فإنه محل الخلاف ، فإن لم يقع إقباض . . لم تحل الثانية قطعاً .

٣٦٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠] : (**وإن وطىء أمة بملك اليمين ثم تزوج أختها أو عمتها أو خالتها . . حلت المنكوحة وحرمت المملوكة**) فيه أمران :

أحدهما : أنه لا يتقيد ذلك بأن يطأها .

ثانيهما : لا يختص هٰذا الحكم بأن يكون التزوج متأخراً ، فلو تقدم . . كان الحكم كذلك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٨٤] : (**ولو ملكها ثم نكح أختها أو عكس . . حلت المنكوحة دونها**) وكأن « التنبيه » إنما عبر بذلك لفهم غير المذكور من طريق الأولىٰ .

٣٦٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٤] : (**فإن نكح خمساً معاً . . بطلن**) محله : ما إذا لم يكن فيهن أختان ، فإن كان . . **بطل** فيهما ، وفي الباقيات قولا تفريق الصفقة ، **وأصحهما** : الصحة ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٦٢] : (**ولو فيه أختان . . فيهما**) .

٣٦٠٢ـ قول « التنبيه » هنا [ص ١٦١] : (**وتحرم المطلقة ثلاثاً علىٰ من طلقها**) أي : حتىٰ تنكح زوجاً غيره ويطأها ؛ وذلك في الحر ، أما العبد : فيحصل التحريم بطلاقه ثنتين ، وقد بين ذلك في (باب الرجعة) فقال : (**وإن طلق الحر امرأته ثلاثاً ، أو طلق العبد امرأته طلقتين . . حرمت عليه حتىٰ تنكح زوجاً غيره ، ويطأها في الفرج** ، وأدناه : **أن يغيب الحشفة في الفرج**)[4] وفيه أمور :

---

(١) الروضة (٧/١١٨) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٨٤) .

(٣) الحاوي (ص ٤٦٢) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٨٣) .

أحدها : أن المراد بالفرج : القبل دون الدبر ، وقد صرح بذلك « المنهاج »[1] ، وهو من زيادته على « المحرر » من غير تمييز ، ولم يفصح « الحاوي » بذلك ، بل اقتصر علىٰ قوله [ص ٤٦٢] : (**حتىٰ يولج قدر الحشفة**) .

ثانيها : لا بد مع ذلك من الانتشار كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وسواء قوي الانتشار وضعيفه ، فيستعين بأصبع ، قال في « الروضة » : فإن لم يكن انتشار أصلاً ؛ لتعنين أو شلل أو غيرهما . . لم يحلل **على الصحيح** ، وبه قطع الجمهور[3] .

وقال السبكي : المراد : سلامة العضو من العنة والشلل ، وأن يكون له قوة الانتشار ، وأما الانتشار بالفعل . . فلم يشترطه أحد .

ثالثها : المراد : تغييب الحشفة إن كانت موجودة ، فإن كانت مقطوعة . . اكتفي بإيلاج قدرها من بقية الذكر **على الصحيح** ، وقد ذكره « التنبيه » بعده ، وكذلك قال « المنهاج » [ص ٣٨٤] : (**حشفته أو قدرها**) وهو أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٦٢] : (**حتىٰ يولج قدر الحشفة**) لأن القدر إنما هو عند الفقد كما تقدم .

ويرد عليهم معاً أمور :

أحدها : أن الاكتفاء بتغييب الحشفة أو قدرها محله : في الثيب ، أما البكر : فأدناه : أن يفتضها بآلته كما حكاه الرافعي عن البغوي وأقره[4] ، وحكاه المحاملي عن نصه في « الأم »[5] ، ولم يتعرض له الجمهور ، وأوّل بعضهم النص علىٰ أن الغالب إزالتها بتغييب الحشفة ، وعن الماوردي : أن إصابة البكر الافتضاض ، وليس بشرط في الإباحة ، بل شرط في التقاء الختانين الذي هو شرط الإباحة[6] .

ثانيها : يستثنىٰ من كلامهم : ما إذا وطئها في حال ردته ثم عاد إلى الإسلام . . **فالأصح** : أنها لا تحل ؛ لاضطراب النكاح ، ولو طلقها رجعياً باستدخال الماء قبل الدخول بناء علىٰ ثبوت الرجعة باستدخال الماء ـ وفيه اختلاف ترجيح ـ ثم وطئها في العدة . . لم تحل للأول وإن راجعها فيها **على الأصح المنصوص** ، وعن ابن المنذر : أن حديث رفاعة دال علىٰ أنه إذا واقعها وهي مغمىٰ عليها لا تحس باللذة . . لا تحل .

---

(١) المنهاج (ص ٣٨٤) .
(٢) الحاوي (ص ٤٦٢) ، المنهاج (٣٨٤) .
(٣) الروضة (٧/ ١٢٤ ، ١٢٥) .
(٤) انظر « التهذيب » (٥/ ٤٦٦) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٥١) .
(٥) الأم (٥/ ٢٧٥) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٣٢٨) .

ثالثها : لا بد مع ذلك من فراق الثاني وانقضاء عدته ، وإنما أغفلوا ذكره ؛ لوضوحه ، أو لأن تحريم الطلاق الثلاث قد ارتفع وخلفه تحريم زوجية الغير أو عدته .

٣٦٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٣] : (**وإن طلقها ثلاثاً وغاب عنها ، فادعت أنها تزوجت بزوج أحلها له ولم يقع في قلبه صدقها . . كره له أن يتزوجها**) أي : ولو كذبها الزوج الثاني ، وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر ، أما لو كذبها الزوج الثاني والولي والشهود . . ففي « الروضة » من زيادته عن إبراهيم المروذي : أنها لا تحل **على الأصح**[1] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح عندنا** : الحل ، وشاهده نص الشافعي ، وهو قوله : ولو ذكرت أنها نكحت نكاحاً صحيحاً وأصيبت ولا يعلم . . حلت له[2] ، قال شيخنا : ويشهد له أيضاً تفريعهم **على الجديد** في إقرارها ، قال : وجزم بما صححناه أبو الفرج الزاز ، وفي « تهذيب البغوي » في صورة تكذيب الزوج والشهود : الحل من غير ذكر خلاف . انتهىٰ .

وقال في « المطلب » : لا فرق بين أن يصدقها الولي والشهود أو يكذبوها . نعم ؛ إذا كذبها الولي . . فيظهر أنه لا يحل له الإقدام علىٰ تزويجها من الأول ، ويزوجها الحاكم . انتهىٰ .

وهو موافق لما تقدم عن شيخنا من الجواز مع تكذيب الكل .

قال في « المطلب » : ولا خلاف في أنها إذا ادعت نكاح زوج معين وأنه طلقها ، فكذبها في الطلاق فقط . . أن القول قوله ، فلا تحل للأول في الظاهر .

نعم ؛ لو علم طلاقها . . حلت له في الباطن . انتهىٰ .

ولا يخفىٰ أن محل حلها : إذا مضىٰ زمن يمكن فيه ذلك ، ومحله أيضاً : بالنسبة إلى الزوج المطلق أو إلى الحاكم أيضاً ، ولكن أقامت بينه على الطلاق من الثاني ، فأما إذا اعترفت بذلك بين يدي الحاكم ولم تقم عليه بينة . . فإنه لا يزوجها كما حكاه الرافعي قبل (باب دعوى النسب) عن « فتاوى البغوي » ، وأقره[3] ، وقد حكاه البغوي عن القاضي حسين ، لكن في « فتاوى القاضي حسين » : أنها إذا ادعت علم الولي بوفاة زوجها أو طلاقه إياها ، فأنكر . . حلفت ، وزوجها الحاكم أو أمره بتزويجها .

٣٦٠٤ـ قوله : (**وإن تزوجها علىٰ أنه إذا أحلها طلقها . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه يبطل ، والثاني : لا يبطل**)[4] **الأصح** : البطلان ، وقد ذكره « المنهاج » ، وعبر عنه بقوله : (**ولو نكح**

---

(١) الروضة (٧/١٢٨) .

(٢) انظر « الأم » (٥/٢٥١) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٢٩٢) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦١) .

بشرط أنه إذا وطىء طلق)[1] وهو أحسن من تعبير« التنبيه » ، فالمعتبر في البطلان شرط الطلاق إذا وطىء وإن لم يكن فيه إحلالها لغيره .

فصل

[في نكاح الأمة]

٣٦٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**يحرم على الرجل نكاح جاريته**) كذا لو ملك بعضها فقط ، وقد صرح بذلك « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٣٦٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**ويحرم على العبد نكاح مولاته**) كذا لو كانت تملك بعضه فقط ، وقد صرح بذلك « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً[3] .

٣٦٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**فإن تزوجت الحرة بعبد ثم اشترته . . انفسخ النكاح**) كذا لو اشترت بعضه ، ثم محل الانفساخ : أن يتم البيع ، فإن فسخ في زمن الخيار . . فالنكاح بحاله ، إلا إذا قلنا : إن الملك للمشتري . . ففيه خلاف ، وهـٰذا أيضاً إذا اشترته بغير (الصداق) ، فإن اشترته بعين الصداق قبل الدخول . . **فالأصح** : أنه لا يصح الشراء ولا ينفسخ النكاح بل يستمر ، وسيأتي ذلك في الصداق ، ولا يختص هـٰذا أيضاً بالشراء ، فحصول الملك في الزوج أو الزوجة بأي سبب كان ؛ كالشراء في انفساخ النكاح ، وإنما ذكر الشراء ؛ لأنه الغالب ، وهو ظاهر إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » أنه لا ينكح من يملكه أو بعضه ؛ فإنه شامل للابتداء والدوام وللملك بأي سبب كان .

٣٦٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠ ، ١٦١] : (**ويحرم على الحر نكاح الأمة المسلمة إلا أن يخاف العنت ولا يجد صداق حرة**) لو حذف وصف الأمة أولاً بالإسلام وذكره في شروط الجواز كما فعل غيره . . لكان أولىٰ ؛ فإن تقييد التحريم بالمسلمة يفهم حل الكافرة ، وليس كذلك ، لكنه قال قبل ذلك : (**ويحرم على المسلم نكاح الأمة الكتابية**)[4] ويفهم من كونه لا يجد صداق حرة : ألاَّ يكون تحته حرة ، وظاهر إطلاق « الحاوي » أنه لا فرق في الحرة التي تحته بين أن تصلح للاستمتاع أم لا[5] ، وسبقه إليه « المحرر » فقال : (والأحوط المنع وإن كانت لا تصلح للاستمتاع)[6] ، لكن خالفه « المنهاج » من غير تنبيه علىٰ أنه من زيادته فقال في شروط الجواز : (**ألا تكون تحته حرة**

---

(١) المنهاج (ص ٣٨٤) .

(٢) الحاوي (ص ٤٦٢) ، المنهاج (ص ٣٨٥) .

(٣) الحاوي (ص ٤٧٥) ، المنهاج (ص ٣٨٥) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٠) .

(٥) الحاوي (ص ٤٦٣) .

(٦) المحرر (ص ٢٩٨) .

تصلح للاستمتاع ، قيل : ولا غير صالحة)[١] وكأنه فهم من جعل « المحرر » مقابله أحوط أنه **أصح** ، وفيه نظر ؛ **فالظاهر** أن « المحرر » إنما أشار بكونه أحوط إلىٰ ترجيحه ، وكيف يقتصر في كتاب التزم فيه التنصيص علىٰ ما صححه المعظم علىٰ ضعيف من غير ذكر مقابله ؟! وليس في « الروضة » و« الشرحين » تصريح بترجيح ، وإنما نقلا ترجيح التقييد بصلاحية الاستمتاع عن صاحب « المهذب » والقاضي حسين ، والقطع به عن ابن الصباغ وجماعة من العراقيين ، ومقابله عن قطع الإمام والغزالي والبغوي[٢] .

أما الحرة التي يقدر علىٰ نكاحها وليست تحته . . **فالأصح** : اشتراط صلاحيتها للاستمتاع بها كما **صححه** في « أصل الروضة »[٣] ، وعليه مشىٰ « المنهاج »[٤] ، وكذا « الحاوي » فقال عطفاً على المنفي : **(ورتقاء)**[٥] وقد يقال : إنه مستثنىٰ من الأمرين معاً : أن يكون تحته حرة ، أو يقدر عليها ، لكن الصورة التي قبلها والتي بعدها إنما هي في الحرة المقدور عليها ، لا التي تحته ، وذلك ينفي استثناءها منهما معاً ، وتعبير « المنهاج » بالعجز عن حرة[٦] ، و« الحاوي » في محل المنع بالقدرة عليها[٧] أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٦١] : **(ولا يجد صداق حرة)** فإنه قد يجد صداق حرة ولا يجد في البلد خلية عن زوج ، أو يجدها لكن لا ترضىٰ بنكاحه ؛ لنقصه أو لغير ذلك ، فيجوز له نكاح الأمة قطعاً .

ودخل في عبارتهم : الحرة الكتابية ، وهي في ذلك كالمسلمة على **الأصح** ، لكن قال ابن حزم في « المحلىٰ » : إن للشافعي في ذلك قولين ، وإن آخر قوليه : الجواز ، وابن حزم ثقة فيما ينقل ؛ فلعله اطلع علىٰ نص للشافعي لم يطلع عليه أصحابه .

٣٦٠٩ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٣] : **(وبعيدة الغيبة)** لا يختص الجواز ببعد غيبتها ، بل لو قربت وخشي الزنا في مدة قصدها . . جاز له نكاح الأمة ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٨٥] : **(فلو قدر علىٰ غائبة . . حلت أمة إن لحقه مشقة ظاهرة في قصدها ، أو خاف زناً مدته)** وضبط الإمام المشقة : بأن ينسب متحملها في طلب زوجة إلى الإسراف ومجاوزة الحد[٨] .

---

(١) المنهاج (ص ٣٨٥) .
(٢) فتح العزيز (٨/٥٦) ، الروضة (٧/١٢٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/٢٥٧) ، و« الوجيز » (٢/١٧) ، و« التهذيب » (٥/٣٨٤) .
(٣) الروضة (٧/١٢٩) .
(٤) المنهاج (ص ٣٨٥) .
(٥) الحاوي (ص ٤٦٣) .
(٦) المنهاج (ص ٣٨٥) .
(٧) الحاوي (ص ٤٦٣) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٢٦٣) .

٣٦١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٥] : (**ولو وجد حرة بمؤجل . . فالأصح : حل أمة**) محل الخلاف : أن يتوقع القدرة علىٰ ذلك المؤجل عند المحل ، وإلا . . فتحل الأمة قطعاً ، ومراد « التنبيه » و« الحاوي » بالعنت : الزنا[١] ، كما صرح به « المنهاج »[٢] ، والمراد بخوفه كما قال الإمام : أن يتوقعه لا علىٰ سبيل الندور ، فإن غلبت الشهوة وضَعُف التقوىٰ . . فخائف ، وإن ضعفت وله دين أو مروءة أو حياء يمنعه . . فلا ، وإن غلبت وقوي التقوىٰ . . فكذا في **أصح** احتماليه[٣] ، وقطع به في « الوجيز »[٤] ، والثاني : إن ضره الصبر أو أمرضه . . حلت الأمة ، وجزم به في « الوسيط » مذهباً ، قال : وإلا . . فالصبر أحسن ولا يبعد أن يترخص[٥] ، ويخرج بخوف الزنا المجبوب ؛ فإنه لا يتصور منه ، فلا ينكح الأمة عند الإمام والمتولي[٦] ، **وصحح** الروياني الجواز له وللخصي إن خافا الإثم ، وفي « فتاوى القاضي حسين » : أنه ليس للعنين نكاح الأمة ، لكن في « القواعد » للشيخ عز الدين بن عبد السلام : أن الممسوح له نكاح الأمة بناء على **الأصح** أنه لا يلحقه الولد[٧] ، وفي « أصل الروضة » : من استجمع شروط نكاح الأمة ليس له نكاح أمة[٨] صغيرة لا توطأ على **الأصح** ؛ لأنه لا يأمن بها العنت[٩] ، وطرد الجيلي ذلك في الرتقاء والقرناء ، وهو واضح .

٣٦١١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٥] : (**فلو أمكنه تَسَرٍّ . . فلا خوف في الأصح**) عبر في « الروضة » بالمذهب[١٠] ، ولو قال كما في « المحرر » : (لم ينكح الأمة)[١١] . . لكان أحسن ؛ فإنه لا يحسن جعل الوجهين في الخوف ؛ فإن التسري المقدور عليه يمنع منه قطعاً ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٦٣] : (**أو أمن العنت ولو بسرية**) .

٣٦١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٥] : (**ويحل لحر وعبد كتابيين أمة كتابية على الصحيح**) وهو

---

(١) التنبيه (ص ١٦١) ، الحاوي (ص ٤٦٣) .
(٢) المنهاج (ص ٣٨٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٦١) .
(٤) الوجيز (٢/ ١٨) .
(٥) الوسيط (٥/ ١٢٠) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٦١) .
(٧) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام (٢/ ٣٠) .
(٨) في النسخ : (الأمة) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٩) الروضة (٧/ ١٣٢) .
(١٠) الروضة (٧/ ١٣١ ، ١٣٢) .
(١١) المحرر (ص ٢٩٩) .

مفهوم « التنبيه » و« الحاوي »[1] يفهم أنه يشترط في جواز نكاح الحر الكتابي الأمة خوف العنت وفقد طول الحرة ؛ لأنهم جعلوا الكتابي في ذلك كالمسلم إلا في نكاح الأمة الكتابية ، وهـٰذا هو الذي فهمه السبكي ، وقال : لم يصرح الرافعي والنووي وغيرهما باعتبار هـٰذين الشرطين في الحر الكتابي ، وهما خوف العنت وفقد طول الحرة .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهر القرآن يدل علىٰ أن الشروط إنما تعتبر في حق المؤمن ؛ بدليل قوله : ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ . . . ﴾ إلىٰ آخره ، قال : والذي أعتقده أن الشروط إنما تعتبر في حق المؤمنين الأحرار .

٣٦١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**وإن جمع بين حرة وأمة . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه يبطل النكاح فيهما ، والثاني : أنه يصح في الحرة ويبطل في الأمة**) **الأصح** : الثاني كما في « المنهاج » ، وعليه مشى « الحاوي »[2] ، وهو تكرير ؛ لدخول المسألة في عبارته في البيع ، وصورة المسألة في الحر ، أما العبد : فله الجمع بينهما قطعاً ، وصورة « المنهاج » فيمن لا تحل له الأمة ، ومقتضاه : الحل قطعاً في الحر الذي تحل له الأمة ؛ كمن وجد حرة تسمح بمؤجل أو بدون مهر المثل أو بلا مهر ، أو وجد طول حرة كتابية وقلنا : إن ذلك لا يمنع الأمة ، وليس كذلك ، فتبطل الأمة والحرة ، قيل : على القولين ، وهو **الأظهر** عند الإمام والرافعي في « الشرح الصغير »[3] ، وقال جماعة : يبطل قطعاً بجمعه من له أفراد كل منهما ، فبطلتا كالأختين ، وجزم الجرجاني في « المعاياة » بصحتهما كما اقتضاه مفهوم « المنهاج » .

وقال ابن الصلاح : إنه لا يعرف لغيره ، وقال ابن الرفعة : ولم أره في غيره .

قال السبكي : وهو في « الشافي » له أيضاً .

قال شيخنا ابن النقيب : وحكاه في « البحر » عن القاضي الطبري[4] ، وحكىٰ في « الذخائر » طريقة رابعة ، وهي : القطع بصحة نكاح الحرة وبطلان نكاح الأمة ، والمراد : جمعهما في عقد ، فلو فصّل ؛ بأن قال : زوجتك بنتي بألف ، وزوجتك أمتي بمائة ، فقبل نكاح البنت فقط ، أو قبل البنت ثم الأمة . . صح نكاح البنت قطعاً ، ولو قدمت الأمة في تفصيلهما إيجاباً وقبولاً . . صحتا حيث جازت الأمة كقبول الحرة بعد صحة نكاح الأمة ، ولو فصل الإيجاب فجمع القبول أو عكسه . . فكتفصيلهما ، وقيل : كجمعهما .

---

(١) التنبيه (ص ٤٦٣) ، الحاوي (ص ١٦١) .

(٢) الحاوي (ص ٤٦٣) ، المنهاج (ص ٣٨٥) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (٢٦٧/١٢) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣٢/٦) .



[نكاح الكتابية والمشركة]

٣٦١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٥] : (**يحرم نكاح من لا كتاب لها كوثنية**) ظاهر إطلاقه تحريمها على الكتابي أيضاً ، وكذا يقتضيه إطلاق « الحاوي » و« الروضة » وأصلها[١] ، وقيد « التنبيه » ذلك بالمسلم فقال [ص ١٦٠] : (**ويحرم على المسلم نكاح المجوسية والوثنية**) ومقتضاه : حلها للكتابي ، وفي ذلك وجهان في « الكفاية » .

وهل تحرم الوثنية على الوثني ؟ قال السبكي : ينبغي إن قلنا : إنهم مخاطبون بالفروع . . حرمت ، وإلا . . فلا حل ولا حرمة ، فعلى التحريم يأثم بوطئها .

٣٦١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٥] : (**ومجوسية**) يقتضي أن المجوس لا كتاب لهم ، وفيه قولان ، رجح في « الروضة » وأصلها[٢] أنه كان لهم كتاب فرفع ، قال السبكي : وهو المختار ، وقد رأيته ، ورأيته في كتاب « اختلاف الحديث » صريحاً . انتهى[٣] .

وحكى ابن الرفعة أن المنصوص في « الأم » و« المختصر » : أنه لا كتاب لهم[٤] ، فيحمل لفظ « المنهاج » على أنه لا كتاب لهم الآن ، ومقابله على أنه كان لهم فرفع كما هو صريح لفظه ، ولم يتعرض « التنبيه » : و« المحرر » و« الحاوي » لذلك ، بل اقتصروا على أنه لا يحل نكاحها ، وظاهر مفهوم « التنبيه » : حل الكتابية مطلقاً[٥] ، وفصل « المنهاج » فقال [ص ٣٨٦] : (**فإن لم تكن الكتابية إسرائيلية . . فالأظهر : حلها إن عُلم دخول قومها في ذلك الدين قبل نسخه وتحريفه**) وفيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : حل الإسرائيلية ولو علم دخول قومها بعد النسخ والتحريف ، وليس كذلك ، فمتى لم يدخل قومها إلا بعد النسخ . . لم تحل ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٦٤] : (**أو إسرائيلية قبل النسخ**) وعبارة « الروضة » : وأما الدخول بعد بعثة نبينا صلى الله عليه وسلم . . فلا تفارق فيه الإسرائيلية غيرها[٦] .

ثانيهما : أن مقتضاه : أنه متى علم دخول قومها في ذلك الدين قبل نسخه لكن بعد تحريفه . .

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٧٢) ، الحاوي (ص ٤٦٤) ، الروضة (٧/ ١٣٥) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٧٥) ، الروضة (٧/ ١٣٥) .
(٣) اختلاف الحديث (٤/ ١٧٣ ، ١٧٤) .
(٤) الأم (٤/ ١٧٣ ، ١٧٤) ، مختصر المزني (١/ ٢٧٧) .
(٥) التنبيه (ص ١٦٠) .
(٦) الروضة (٧/ ١٣٨) .

لا تحل مطلقاً ، وليس كذلك ، بل محله : ما إذا دخلوا في المحرف ، فإن تمسكوا بالحق منه وتجنبوا المحرف . . حل نكاحها ؛ وهـٰذا وارد أيضاً علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٦٤] : (**عُلم آمن أول آبائها قبل التحريف**) ومقتضىٰ عبارتهما : التحريم إذا شك هل دخلوا قبل التحريف أو بعده ، وهو كذلك ، وكذا تحرم ذبائحهم لكن يقرون بالجزية ، وقال « السبكي » : ينبغي الحل فيمن علم أصل دخولهم وجهل وقته ، وإلا . . فما من كتابي اليوم لا يعلم أنه إسرائلي إلا ويحتمل فيه ذلك ، فيؤدي إلىٰ ألاَّ تحل ذبائح أحد منهم اليوم ولا مناكحته ، بل ولا في زمن الصحابة ؛ كبني قريظة والنضير وقينقاع ، قال : وطلب مني بالشام منعهم من الذبح فأبيت ، ومنعهم قبلي محتسب بفتوىٰ بعضهم ، ولا بأس بالمنع إن رآه مصلحة ، وأما الفتوىٰ به . . فجهل[1] . انتهىٰ .

٣٦١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٦] : (**ويجبر علىٰ غسل حيض ونفاس**) يفهم اختصاص ذلك بالكتابية ، لا سيما وقد قال بعده : (**وتجبر هي ومسلمة علىٰ غسل ما نجس من أعضائها**) مع أن ذلك لا يختص بها ، فالمسلمة كذلك ؛ ولذلك قال « التنبيه » في مطلق الزوجة [ص ١٥٩ ، ١٦٠] : (**وله أن يجبرها علىٰ ما يقف عليه الاستمتاع ؛ كالغسل من الحيض وترك السكر**) بل لا يختص ذلك بالزوجة ؛ فان الأمة كذلك .

نعم ؛ تختص الكتابية بنيابة الزوج عنها في النية بخلاف المسلمة العاقلة .

قال القاضي أبو الطيب : ولا أعلم من فرق بين الشافعي والحنفي ، فللحنفي إجبارها وإن جاز عنده وطء الحائض قبل الغسل ؛ لأنه قد يحتاط للوطء .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وفيه نظر .

قلت : وجهه : أن هـٰذا يتوقف عليه كمال الاستمتاع لا أصله علىٰ عقيدته ، فهو محل الخلاف ، والله أعلم .

٣٦١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٠] : (**وأما ما يكمل به الاستمتاع ؛ كالغسل من الجنابة واجتناب النجاسة وإزالة الوسخ والاستحداد . . ففيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : **الأظهر** : إجبارها عليه ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٨٦] : (**وكذا جنابة وترك أكل خنزير في الأظهر**) لكن أفهم كلامه اختصاص ذلك بالكتابية كما تقدم ، وكذا فرض الرافعي الخلاف في غسل الجنابة في الكتابية ، وقال : أما المسلمة : فهي مجبرة على الغسل من الجنابة ، كذا أطلقه البغوي[2] .

قال النووي : ليس هو علىٰ إطلاقه ، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة ، فأما إذا لم

---

(١) في النسخ : (فمحتمل) ، والتصويب من « تحفة المحتاج » (٧/ ٣٢٤) ، و« نهاية المحتاج » (٦/ ٢٩١) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٧٤) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٣٧٩) .

تحضر صلاة.. ففي إجبارها القولان، وهما مشهوران، حتىٰ في «التنبيه»، **والأظهر** من القولين: الإجبار. انتهىٰ[1].

وقد عرفت أن «التنبيه» لم يخص المسألة بالمسلمة، بل أطلق القولين، فتناول المسلمة والذمية، لكن عرفنا بذلك أن محل القولين في المسلمة: إذا لم تحضر صلاة، فإن حضرت.. وجب قطعاً، وليس ذلك لحقه، بل لحق الله تعالىٰ.

ثانيها: أطلق الخلاف في اجتناب النجاسة، وقد قال «المنهاج» [ص ٣٨٦]: (**وتجبر هي ومسلمة علىٰ غسل ما نجس من أعضائها**) فلم يجعل ذلك موضع خلاف، وصرح في «الروضة» وأصلها بنفي الخلاف في ذلك، وعبارة «الروضة»: ومتىٰ تنجس فمها أو عضو آخر.. فله إجبارها علىٰ غسله بلا خلاف؛ ليمكنه الاستمتاع به؛ وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ما له رائحة كريهة. انتهىٰ[2].

لكن اعترض ذلك في «المهمات» وقال: فيه قولان حكاهما في «التنبيه». انتهىٰ.

وقد يقال: هما مسألتان، فالخلاف الذي في «التنبيه» في إجبارها على اجتنابه، والجزم الذي في «الروضة» في إجبارها علىٰ غسله بعد مخامرته، وهـٰذا مقتضى اللفظ، وفقهه واضح.

ثالثها: محل الخلاف في الأوساخ: إذا لم تفحش، فإذا فحشت بحيث أدت إلى النفرة.. أجبرت علىٰ إزالتها قطعاً، وعبر عنه شيخنا الإسنوي في «تصحيحه» بالصواب[3]، وأجاب عنه في «التوشيح»: بأن ذلك يقف عليه الاستمتاع، فقد دخل في عبارة «التنبيه» أولاً، وكلامه هنا فيما يتوقف عليه كمال الاستمتاع.

٣٦١٨ـ قول «التنبيه» [ص ١٦٠]: (**وهل تحرم المولودة بين الكتابي والمجوسية؟ فيه قولان**) **الأظهر**: التحريم، كما ذكره «المنهاج» وعليه مشى «الحاوي»[4]، وسوىٰ في «المحرر» بين هـٰذه الصورة وعكسها في إجراء الخلاف[5]، والمعروف في عكسها الجزم بالتحريم كما هو في «التنبيه» و«المنهاج»[6].

٣٦١٩ـ قول «المنهاج» [ص ١٦٠] ـ والعبارة له ـ و«الحاوي» [ص ٤٦٤]: (**وإن خالفت السامرة اليهود، والصابئون النصارىٰ في أصل دينهم.. حَرُمْنَ، وإلا.. فلا**) ليس فيه بيان ما إذا شككنا

---

(١) انظر «الروضة» (٧/ ١٣٦).

(٢) فتح العزيز (٨/ ٧٤)، الروضة (٧/ ١٣٧).

(٣) تذكرة النبيه (٣/ ٢٧٣).

(٤) الحاوي (ص ٤٦٤)، المنهاج (ص ٣٨٦).

(٥) المحرر (ص ٣٠٠).

(٦) التنبيه (ص ١٦٠)، المنهاج (ص ٣٨٦).

أيخالفونهم في الأصول أم الفروع ؟ والمجزوم به في « الروضة » وأصلها أنهم لا يناكحون[1] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهر كلام الشافعي في « المختصر » الحل ؛ حيث قال : والصابئون والسامرة من اليهود والنصارىٰ إلا أن يعلم أنهم يخالفونهم في أصل ما يحلون من الكتاب ويحرمون . . فيحرموا كالمجوس[2] .

٣٦٢٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : (**وإن انتقل المشرك من دين إلىٰ دين يقر أهله عليه . . ففيه قولان ، أحدهما : يقر عليه ، والثاني : لا يقر**) فيه أمران :

أحدهما : أنه لا بد في تصوير المسألة من أن يكون الدين المنتقل عنه يقر أهله عليه ، وتعبيره بالمشرك قد ينافي ذلك ، لكن يساعده قوله في التفريع عليه : (**والثاني : الإسلام أو الدين الذي كان عليه**)[3] فدل علىٰ أن كلامه في الانتقال عن دين يقر أهله عليه ، وقد صرح بهـٰذه الصورة « المنهاج » فقال [ص ٣٨٦] : (**ولو تهود وثني أو تنصر . . لم يُقَرَّ ، ويتعين الإسلام كمسلم ارتد**) .

ثانيهما : **الأظهر** : أنه لا يقر ، كذا في « المحرر » و« المنهاج » و« الحاوي »[4] ، لكن صحح في « الشرح الصغير » مقابله ؛ وهو أنه يقر بالجزية ، ونقل تصحيحه في « الكبير » عن القاضي أبي حامد والبغوي ونص « المختصر » ولم ينقل فيه تصحيح الآخر عن أحد ، وبناهما المتولي وغيره علىٰ أن الكفر ملة أو ملل ، ورده الرافعي[5] .

قال ابن الرفعة : والشافعي في (كتاب الجزية) من « الأم » منع الانتقال مع تصريحه بأن الكفر ملة واحدة ، وهو يضعف البناء[6] .

٣٦٢١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : (**وما الذي يقبل منه ؟ فيه قولان ، أحدهما : الإسلام ، والثانئ : الإسلام أو الدين الذي كان عليه**) **الأظهر** : الأول ، كذا في « الشرح الصغير » وحكاه في « الكبير » عن الإمام[7] ، وعليه مشى « المحرر » و« المنهاج » و« الحاوي »[8] ، وعبارة « الروضة » في أصل المسألة : هل يقر بالجزية أم لا يقبل منه إلا الإسلام أو الدين الذي انتقل منه ؟ فيه أقوال :

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٧٧) ، الروضة (٧/ ١٣٩) .
(٢) مختصر المزني (ص ١٦٩) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٦٥) .
(٤) المحرر (ص ٣٠٠) ، الحاوي (ص ٤٦٤) ، المنهاج (ص ٣٨٦) .
(٥) انظر « مختصر المزني » (ص ١٦٩) ، و« التهذيب » (٥/ ٣٨١) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٨١) .
(٦) الأم (٤/ ١٨٤) .
(٧) فتح العزيز (٨/ ٨١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٥١ ، ٢٥٢) .
(٨) المحرر (ص ٣٠٠) ، الحاوي (ص ٤٦٤) ، المنهاج (ص ٣٨٦) .

أظهرها : الأول ، ثم الثاني ، ثم قال : قلت : **الأصح** : لا يقبل منه إلا الإسلام . انتهىٰ[1] .

فقوله : (أظهرها : الأول) هو ما **صححه** في « الشرح الصغير » ، ونقل **تصحيحه** في « الكبير » عن القاضي أبي حامد والبغوي كما تقدم[2] ، وقوله : (ثم الثاني) هو ما **صححه** في « الصغير » تفريعاً علىٰ عدم التقرير ، وحكاه في « الكبير » عن الإمام[3] ، ففي إطلاقه هٰذا التصحيح عن « الشرح الكبير » ، نظر فإن أبى الإسلام على الأول ، أو الإسلام وما كان عليه على الثاني . . فالأشبه في « الروضة » وأصلها ـ وصرح بتصحيحه في « الشرح الصغير » ـ : أنه يلحق بالمأمن[4] ، وعليه مشى « الحاوي » في (الجزية) فقال بعد ذكر الاغتيال : (**لا إن توثن**)[5] ، وقيل : يقتل في الحال ، **وصححه** في « الوجيز »[6] و« الذخائر » ، وجزم به الماوردي في (السرقة) ، وعليه مشى« الحاوي » هنا فقال بعد ذكر المنتقلة من التهود إلى التنصر وعكسه : (**والصابئة السامرة إن خالفت الأصول ، وتهدر**)[7] ، وقوله بعده : (**ولا تقرر**)[8] غير محتاج إليه ، وقواه السبكي ، واستشكل الأول : بأنا إن قلنا : يقر . . فَلِمَ نخرجه من بلادنا ؟ وإن قلنا : لا يقر . . فَلِمَ يبقى ؟ فتبليغه المأمن مع عدم تقريره علىٰ ما انتقل إليه وعنه لا أدري كيف هو ؟! فإنه إذا طلب عقد الذمة إن أجبناه . . لزم التقرير ، وإلا . . فهو مقتول لا محالة . انتهىٰ .

قلت : وهٰذا الثاني هو الموافق **للمصحح** فيمن فعل ما ينتقض به عهده : أنه لا يبلغ المأمن ، بل يقتل في الحال .

٣٦٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٦] : (**ولا تحل مرتدة لأحد**) كذا المرتد ، وقد صرح به « التنبيه » [ص ١٦٠] فقال : (**لا يصح نكاح المحرم والمرتد والخنثى المشكل**) .

٣٦٢٣ـ قوله : (**وهو الذي له فرج الرجل وفرج المرأة ، ويبول منهما دفعة واحدة ، ويميل إلى الرجال والنساء ميلاً واحداً**)[9] فيه أمور :

أحدها : أنه لا ينحصر في ذلك ؛ فالذي له مجرد ثقبة مشكل أيضاً .

---

(١) الروضة (٧/ ١٤٠) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٨١) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٣٨٢) .
(٣) فتح العزيز (٨/ ٨١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٥١ ، ٢٥٢) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٨١) ، الروضة (٧/ ١٤٠ ، ١٤١) .
(٥) الحاوي (ص ٦١٥) .
(٦) الوجيز (٢/ ١٩٧ ، ١٩٨) .
(٧) الحاوي (ص ٤٦٤) .
(٨) انظر « الحاوي » (ص ٤٦٤) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ١٦٠) .

ثانيها : لو بال منهما دفعة واحدة ، لكن انقطع من أحدهما قبل الآخر . . **فالأصح** : أن الاعتبار بالمتأخر انقطاعاً ، فلو كان أحدهما أسبق خروجاً والآخر أبطأ انقطاعاً . . فالحكم للأسبق خروجاً على **الأصح** .

ثالثها : كلامه يقتضي الحصر في البول منهما دفعة واحدة ، وليس كذلك ، فلو بال من هٰذا مرة ومن الآخر أخرىٰ . . فهو مشكل إن استويا ، فإن بال من أحدهما أكثر . . فالعبرة به ، وكذا لو كان سبق أحدهما تارة والآخر أخرىٰ . . اعتبر الأكثر ، فإن استويا . . فمشكل .

* * *

باب نكاح المشرك

٣٦٢٤ـ المراد بالمشرك هنا : كل كافر كتابياً كان أو غيره ، وسمعت من شيخنا الإمام البلقيني : أن المشرك والكتابي كما يقول أصحابنا في الفقير والمسكين : إن جمع بينهما في اللفظ . . اختلف مدلولهما ، وإن اقتصر علىٰ أحدهما . . تناول الآخر .

٣٦٢٥ـ قول التنبيه [ص ١٦٤] : (**إذا أسلم أحد الزوجين الوثنيين أو المجوسيين ، أو أسلمت المرأة والزوج يهودي أو نصراني**) أخرج به ما لو أسلم الرجل والمرأة يهودية أو نصرانية والحكم في هـٰذه استمرار النكاح ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، لكن شرطه فيما إذا كان حراً : أن تكون حرة ، فلو كانت أمة . . اشترط كونها ممن يحل له نكاحها ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون الإسلام استقلالاً أو بالتبعية ، لكن لو أسلمت المرأة مع أبي الطفل أو عقبه . . بطل النكاح كما قال البغوي[2] ؛ لتقدمها في الأولىٰ ؛ لأن إسلام الابن عقب الأب .

واستشكله الرافعي : بأن ترتب الولد على الأب لا يقتضي تقدماً زمانياً[3] .

قال السبكي : وهو مبني علىٰ ما صححوه من كون العلة الشرعية مع المعلول ، **والمختار عندي** : تقدمها ، فيتجه قول البغوي ، وكذا قال شيخنا الإمام البلقيني : ما قاله البغوي في ذلك هو الفقه ؛ فإن الحكم للتابع متأخر عن الحكم للمتبوع ، فلا يحكم للولد بالإسلام حتىٰ يصير الأب مسلماً ، وأما في الثانية : فلأن إسلامها متأخر ؛ فإنه قوليٌّ ، فيتأخر عن إسلام الابن الذي هو حكمي .

٣٦٢٦ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فيقر علىٰ نكاح في عدة هي منقضية عند الإسلام**)[4] أما إذا كانت العدة باقية . . فلا تقرير ؛ لبقاء المفسد ، وخص العبادي في « الرقم » ذلك بعدة النكاح ، وقال في عدة الشبهة بالتقرير وإن بقيت ؛ لأن الإسلام لا يمنع الدوام مع عدة الشبهة .

قال الرافعي : ولم يتعرض الجمهور لهـٰذا الفرق[5] ، قال بعضهم : ويوافقه إطلاق « المنهاج » بعد ذلك قوله [المنهاج ٣٨٧] : (**وكذا لو قارن الإسلام عدة شبهة على المذهب**) فإنه يتناول الشبهة المقارنة للعقد والطارئة بعده .

قلت : لم يرد إلا الطارئة بعده ، ولولا ذلك . . لم يصح التعبير فيه بالمذهب ، وقد قرر قبل ذلك

---

(١) الحاوي (ص ٤٦٥) ، المنهاج (ص ٣٨٧) .
(٢) انظر « التهذيب » (٥/٣٩١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/٨٧) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٥) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٩٠) .

في المفسد المقارن للعقد أنه لا بد أن يكون زائلاً عند الإسلام ، وعبارة « الحاوي » صريحة في إرادة الشبهة الطارئة ؛ حيث قال [ص ٤٦٥] : (**وقرر لا إن قارن المفسد لا الطارىء إسلام أحدٍ**) فاستثنى المفسد الطارىء من بين المفسدات .

وصور الرافعي المسألة بما إذا وطئت بشبهة بين الإسلامين ، واستشكل القفال عروض هٰذه الشبهة ؛ فإن أحدهما إذا أسلم . . جرت في عدة النكاح ، وهي متقدمة علىٰ عدة الشبهة ، فإسلام الآخر يكون في عدة النكاح لا في عدة الشبهة .

نعم ؛ لوحبلت بالشبهة . . تقدمت عدة الشبهة وأمكن اقترانها بإسلام الآخر ، وحينئذ . . يندفع النكاح اعتباراً بالابتداء .

وأجيب عن الإشكال : بأن التصوير لا يختص بترتيب إسلامها ، بل لو وطئت بالشبهة ثم أسلما معاً في عدتها . . كان من صُوَرِها ، وأيضاً : لو أسلم أحدهما . . لم يتيقن جريانها في عدة النكاح إلا بالإصرار إلى انقضائها ، أما لو أسلم المتخلف في العدة . . فإنه يتبين أن الماضي ليس عدة النكاح ، بل عدة الشبهة[1] .

وإنما قلنا : أسلما معاً ؛ لأنهما لو أسلما مرتباً في عدة الشبهة . . كانت عدة النكاح مقدمة **على الصحيح** ، فيعود الإشكال ، فإذا أسلما معاً . . دام النكاح ، ولم يبق إلا تأثير عدة الشبهة علىٰ رأي .

ويرد علىٰ إطلاق « الحاوي »[2] أنه لا يضر مقارنة المفسد الطارىء ما لا يجوز تقرير النكاح معه ؛ كالرضاع ونحوه ، ويكفي في الإفساد مقارنة العدة لإسلام أحدهما ولو لم يقع إسلام الآخر إلا بعد انقضائها ، أما المفسد الطارىء ؛ كاليسار وأمن العنت في الأمة . . فإنه يجب اقترانه بإسلامهما **على المذهب** ، وكذا لو قارن اليسار أو أمن العنت نكاح المشرك . . لم يمنع من التقرير ، إلا إن استمر حتىٰ قارن إسلامهما ، كما صرح به الإمام ، وحكاه عن الأصحاب[3] ، وعليه مشى « الحاوي » حيث قال بعد ما تقدم [ص ٤٦٥ ، ٤٦٦] : (**واليسار أو أمن العنت في الأمة وان طرأ إسلامهما**) فسوىٰ في اليسار وأمن العنت بين القديم والطارىء .

ويرد عليهم : أنه لو كان المفسد زائلاً عند الإسلام لكن اعتقدوا مع ذلك فساده . . فلا يقرون عليه .

٣٦٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٧] : (**ولو أسلم ثم أحرم ثم أسلمت وهو مُحْرِمٌ . . أُقِرَّ على**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٩٢ ، ٩٣) .

(٢) الحاوي (ص ٤٦٥) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٣٠٠ ، ٣٠١) .

المذهب) لا يفهم منه ترجيح طريقة القطع بالتقرير ؛ **فإن الاصح فيه** : طريقة القولين ، والطريقة الأخرىٰ : القطع بعدم التقرير ، وتعبيره بقوله : **(ثم أحرم)** أحسن من تعبير « الروضة » وأصلها بالواو[1] ؛ للتنصيص علىٰ أن إحرامه بعد الإسلام ، لكن سهل الأمر في ذلك أن إحرام الكافر لا يصح .

وخرج بهٰذا التصوير ما لو أسلما معاً ثم أحرم . . فإنه يقر جزماً ، فلو قارن إحرامه إسلامها . . فهل يقر جزماً أو من خلاف ؟ قال السبكي : لم أر فيه نقلاً ، **والأقرب** : الثاني .

٣٦٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : **(وإن أسلم الزوجان وبينهما نكاح متعة . . لم يقرّا عليه)** محله : ما إذا لم يعتقدوا تأبيده ، وإلا . . فيقر قطعاً ، وهو داخل في قول « المنهاج » [ص ٣٨٧] و« الحاوي » [ص ٤٦٥] : **(ومؤقت إن اعتقدوه مؤبداً)** .

٣٦٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : **(وإن قهر حربي حربية على الوطء أو طاوعته ؛ فإن اعتقدا ذلك نكاحاً . . أقرا عليه ، وإلا . . فلا)** خرج به ما إذا كانا ذميين . . فلا يفيد قهر بعضهم لبعض شيئاً ؛ لأنا مأمورون بكفهم عن ذلك ، وقد ذكر ذلك « الحاوي » إلا أنه ذكره في صحة أنكحة الكفار ، ولو ذكره في تقريرهم علىٰ أنكحتهم . . لكان أحسن ، وعبارته : **(ونكاح الكفر صحيح ولو غصباً لا في الذميين)**[2] ، فلو قهر ذمي حربية . . كان كقهر الحربي حربية ، ولو قهر الحربي ذمية . . فهو كقهر الذمي ذمية ؛ لأن على الإمام دفع أهل الحرب عن أهل الذمة ، وقد ذكر هاتين الصورتين الأخيرتين شيخنا الإمام البلقيني .

والأولىٰ منهما واردة علىٰ عبارة « التنبيه » لأن مفهومه فيها عدم التقرير ، والثانية واردة علىٰ عبارة « الحاوي » لأنه لم يستثن من التقرير على الغصب إلا الذميين ، وقد عرفت أنه يستثنىٰ غصب الحربي الذمية . . فإنه لا يقر عليه أيضاً .

٣٦٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٧] و« الحاوي » [ص ٤٦٥] : **(ونكاح الكفار صحيح)** ، عبارة « الروضة » وأصلها : (محكوم له بالصحة)[3] .

قال السبكي : ونِعِمَّا هي ، ثم اختار أنها إن وقعت علىٰ وفق الشرع . . فصحيحة قطعاً ، مع علمه بتصريح بعض الأصحاب بالخلاف فيه ، وإلا . . فمحكوم لها بالصحة ، ولا نقول : إنها صحيحة ؛ لأن الصحة حكم شرعي ، ثم حكى الرافعي عن مقتضىٰ كلام المتولي وغيره تخصيص

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٩٣) ، الروضة (٧/ ١٤٧) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٤٦٥) .

(٣) فتح العزيز (٨/ ٩٧) ، الروضة (٧/ ١٥٠) .

الخلاف في ذلك بما يُفْسِدُ مثلَه الإسلامُ ، وصوبه النووي ، وفهم الرافعي من كلام الإمام طرده في الجميع[1] .

قال النووي : لم يصرح أحد بطرده ولا الإمام ، ولكنه ألزم القائل بالفساد بأنه يلزمه طرده فيما يوافق الشرع أيضاً ، ولهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط ، فإن تصور علمنا بوجودها . . حكمنا بالصحة قطعاً[2] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وصواب العبارة : (وإن حصل علمنا باجتماعها) فالتصور لا يلزم منه الحصول . انتهىٰ .

وسيأتي من كلام الماوردي والروياني التصريح بوجود الخلاف مع وجود شروط الصحة ، وقال الأصحاب تفريعاً علىٰ قول الفساد : لا نفرق بينهم لو ترافعوا إلينا ، ونقرهم بعد الإسلام رخصة وخشية من التنفير .

قال السبكي : هـٰذا إذا ترافعوا في شيء من لوازم النكاح ، أما إذا ترافعوا إلينا في صحته وفساده ورضوا بحكمنا . . حكمنا بمقتضىٰ شرعنا ، وفرقنا بينهم إن اقتضاه الشرع كالمجوس فى المحارم ، ونأمر من تحته أكثر من أربع باختيار أربع ، أو أختان باختيار أحدهما ، قال : وان لم يسلموا ولا ترافعوا ولكن تجاهروا به . . ففي فسخه وجهان ، وان لم يتجاهروا . . لم يتعرض لهم ، قال : وما أظن أحداً يقول بالفساد مطلقاً وإن جمعت الشرائط ، كما أن صحتهما مطلقاً وإن فقدت الشرائط بعيد ، لكن هـٰذا محتمل إن لم نكلفهم بالفروع ، بخلاف عكسه ؛ لاحتمال فيه . انتهىٰ .

وفي المسألة طريقة أخرىٰ برفع الأقوال وجعل المسألة علىٰ أحوال ؛ إن وجدت الشرائط وانتفت الموانع . . فصحيحة ، وعكسه فاسد ، وإن فقدا . . لم نقل بالصحة ، ولكن نقرهم عليها ، **صححها** الروياني ، وحكاها الماوردي عن الجمهور[3] ، وغلط من جعلها أقوالاً .

٣٦٣١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وأما الفاسد كخمر ؛ فإن قبضته قبل الإسلام . . فلا شيء لها ، وإلاَّ . . فمهر مثل**)[4] يستثنىٰ من ذلك : ما لو أصدقها حراً مسلماً استرقوه ثم أسلما قبل قبضه أو بعده . . فإنه لا يقر بيدها ، ولها مهر المثل .

قال الرافعي : وقياس ما سبق أن يخرج من يدها ، ولا ترجع بشيء كما تراق الخمر المقبوضة[5] ، وأورده شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » بلفظ : الصواب ، ثم ذكر استشكال

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٢٨٩) ، و« فتح العزيز » (٨/٩٧ ، ٩٨) ، و« الروضة » (٧/١٥٠) .
(٢) انظر « الروضة » (٧/١٥٠) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٣٠٩) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٥) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/١٠١) .

الرافعي[1] ، وقال في « التنقيح » : والذي قاله إشكال قوي ، فليطلب الفرق .

قلت : الفرق أنا نقر الخمر في أيديهم ولا نقرهم على استرقاق الحر ؛ فلهـٰذا وجب فيه المهر دون ذاك ، وأشار في « المهمات » لهـٰذا الفرق ، وقد نص الشافعي في (سير الواقدي) من « الأم » علىٰ ما ذكره الأصحاب في مسألتي الخمر والحر ، وأَلْحَقَ بالحُرِّ في ذلك عبد المسلم ومكاتبه وأم ولده[2] ، وقد يخرج الحر بقول « الحاوي » [ص ٤٦٥] : (**في نحو خمر**) لأن الحر ليس نحو الخمر في ذلك كما بيناه ، والمسألة في « التنبيه » في (الصداق) وعبارته [ص ١٦٧] : (**وإن كانا ذميين وعقدا علىٰ مهر فاسد**) ولا معنىٰ لتقييد ذلك بالذميين ؛ فالحربيان كذلك .

٣٦٣٢ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن قبضت بعضه . . فلها قسط ما بقي من مهر المثل**)[3] لم يبينا كيفية التقسيط ، هل هو باعتبار القيمة أو غيرها ؟ وذكر « الحاوي » أنه باعتبار القيمة فقال [ص ٤٦٥] : (**ومهر المثل قسط ما لم يقبض قيمة**) وهو خلاف المنقول عند اتحاد الجنس ، وعبارة « أصل الروضة » : وطريق التقسيط : أن ينظر ، فإن سميا جنساً واحداً وليس فيه تعدد ؛ كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما . . وجب نصف مهر **المثل** ، وإن تعدد المسمىٰ ؛ كزقي خمر قبضت أحدهما ؛ فان تساويا في القدر . . فكذلك ، وإلا . . فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد ؟ أوجه ، **أصحها** : الأول ، فإن أصدقها خنزيرين . . فهل يعتبر عددهما أو قيمتهما بتقدير ماليتهما ؟ وجهان ، **أصحهما** : الثاني ، وإن سميا جنسين فأكثر ؛ كزقي خمر وكلبين ، وثلاث خنازير ، وقبضت أحد الأجناس . . فهل ينظر إلى الأجناس وكل جنس ثلث ، أم إلى الأعداد فكل فرد سبع ، أم إلى القيمة بتقدير المالية ؟ أوجه ، **أصحها** : الثالث ، وحيث اعتبرنا تقويمها . . فهل طريقه أن يقدر الخمر خلاً والكلب شاة والخنزير بقرة أم الكلب فهداً ؛ لاشتراكهما في الاصطياد ، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة ، أم تعتبر قيمتها عند من يجعل لها قيمة ؛ كتقدير الحر عبداً في الحكومة ؟ فيه أوجه ، **أصحها** : الثالث . انتهىٰ[4] .

٣٦٣٣ـ قول « التنبيه » ـ وهو في **عقد الذمة** ـ و« المنهاج » ـ والعبارة له ـ : (**ولو ترافع إلينا ذمي ومسلم . . وجب الحكم**)[5] كذا معاهد ومسلم .

٣٦٣٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٣٩] : (**وإن تحاكم بعضهم مع بعض . . ففيه قولان** ، **أحدهما** :

---

(١) تذكرة النبيه (٣/٢٨٧) .

(٢) الأم (٤/٢٦٦) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٨) .

(٤) الروضة (٧/١٥٣) .

(٥) التنبيه (ص ٢٣٩) ، المنهاج (ص ٣٨٨) .

يجب الحكم بينهم ، والثاني : لا يجب) الأظهر كما في « المنهاج » : وجوب الحكم ، وعليه مشى « الحاوي »[1] .

ويجري القولان في ترافع الذمي والمعاهد ، وقيل : **يجب قطعاً** ، ومحل القولين : ما إذا اتحدت مِلَّتُهُمَا ، فإن اختلفت . . **فالأصح** : القطع بالوجوب ؛ لأنهما قد لا يجتمعان علىٰ حاكم ، فيدوم النزاع ، وقد يفهم من مقابل **الأصح** ـ وهو : عدم الوجوب ـ تركهما على النزاع ، وليس كذلك ، بل إما أن يحكم أو يردهما إلىٰ حاكمهم .

٣٦٣٥ـ قول « التنبيه » في عقد الذمة فيما لو تبايعوا بيوعاً فاسدة [ص ٢٣٩] : **(وإن ترافعوا إلىٰ حاكم لهم ، فألزمهم التقابض ، ثم ترافعوا إلىٰ حاكم المسلمين . . أمضىٰ ذلك الحكم في أحد القولين) هو الأصح** .

فَصْلٌ

[فيمن أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة]

٣٦٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٤] : **(وإن أسلم الحر وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه . . اختار منهن أربعاً)** المراد بإسلامهن معه : المقارنة إن كان قبل الدخول ، وفي العدة إن كان بعد الدخول ، واشتراط الإسلام محله : إذا كن غير كتابيات ، فإن كن كتابيات يحل نكاحهن . . فلا يضر بقاؤهن على الكفر .

وقد أوضح ذلك « المنهاج » فقال [ص ٣٨٨] : **(أسلم وتحته أكثر من أربع وأسلمن معه أو في العدة أو كن كتابيات . . لزمه اختيار أربع ، ومندفع من زاد)** ودخل في إسلامهن في العدة ما إذا سبق إسلامه ، وهو المتبادر إلى الفهم ، وما إذا سبق إسلامهن ثم أسلم هو في العدة ، ولا يخفىٰ أن مراد « المنهاج » : الحر ؛ فالعبد لا يختار غير اثنتين ، وقد صرح به « التنبيه » و« الحاوي »[2] .

٣٦٣٧ـ قول « التنبيه » فيما إذا أسلم وتحته أم وبنت ، وأسلمتا معه [ص ١٦٤] : **(وإن لم يدخل بواحدة منهما . . ففيه قولان، أحدهما: يثبت نكاح البنت ويبطل نكاح الأم، والثاني ـ وهو الأصح ـ: أنه يختار أيتهما شاء وينفسخ نكاح الأخرىٰ)** تبع في ترجيح التخيير بينهما الشيخ أبا حامد ومن تابعه ، لكن **المرجح** في « المحرر » و« المنهاج » : تعين البنت ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ،

---

(١) الحاوي (ص ٤٦٦) ، المنهاج (ص ٣٨٨) .

(٢) التنبيه (ص ١٦٥) ، الحاوي (ص ٤٦٦) .

(٣) المحرر (ص ٣٠٢) ، الحاوي (ص ٤٦٦) ، المنهاج (ص ٣٨٨) .

وفي « أصل الروضة » : إنه **الأظهر** عند الأكثرين[1] ، والذي في « الشرحين » أن الأئمة بنوهما على صحة أنكحتهم ؛ إن صححناها . . تعينت البنت ، وإلا . . تخير[2] .

قال الرافعي : قضية هٰذا البناء ترجيح تعين البنت ، وإليه ذهب أبوعلي والصيدلاني والإمام والغزالي والبغوي وغيرهم ، ورجح الشيخ أبو حامد ومن تابعه التخيير ، ووافقهم الشيخ أبو إسحاق الشيرازي[3] .

وفي معني إسلامهما : ما إذا كانتا كتابيتين .

٣٦٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٤] : (**وإن دخل بالأم دون البنت . . ففيه قولان أحدهما : ينفسخ نكاحهما وحرمتا على التأبيد ، والثاني : يثبت نكاح الأم وينفسخ نكاح البنت**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج »[4] ، وهو مبني على صحة أنكحتهم ، ووقع في حكاية « الكفاية » كلام « التنبيه » تصحيح الثاني ، وليس ذلك في أكثر النسخ .

٣٦٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٤] : (**فإن أسلم وتحته أربع إماء فأسلمن معه**) أي : إما مقارناً أو في العدة إن كان بعد الدخول ولو سبق إسلامهن إسلامه ، وقد أوضح ذلك « المنهاج » بقوله [ص ٣٨٩] : (**أو إماء وأسلمن معه أو في العدة . . اختار أمة إن حلت له عند اجتماع إسلامه وإسلامهن**) أي : فلو أسلم وتحته ثلاث إماء فأسلمت واحدة وهو معسر يخاف العنت ، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر أو آمن ، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف . . اندفعت الثانية ويتخير بين الأولىٰ والثالثة .

٣٦٤٠ـ قول « المنهاج » ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » فيما لو أسلم وتحته حرة وإماء : (**وإن أصرت** ـ أي : الحرة ـ **فانقضت عدتها . . اختار أمة**)[5] ، أي : إن كان ممن يحل له نكاح الأمة ، وقد صرح به مع وضوحه « التنبيه »[6] .

٣٦٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**ولو أسلمت وعتقن ثم أسلمن في العدة . . فكحرائر ؛ فيختار أربعاً**) لا يختص بهٰذا التصوير ، وضابطه : أن يطرأ العتق قبل اجتماع إسلامهن وإسلام الزوج ؛ فيشمل هٰذه الصورة ، وما إذا أسلمن ثم عتقن ثم أسلم ، وما إذا عتقن ثم أسلمن ثم

---

(١) الروضة (٧/١٥٧) .

(٢) فتح العزيز (٨/١٠٨) .

(٣) فتح العزيز (٨/١٠٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٢/٣٠٩ ، ٣١٠) ، و« الوجيز » (٢/٢١) ، و« التهذيب » (٥/٣٩٦) .

(٤) المنهاج (ص ٣٨٨) .

(٥) الحاوي (ص ٤٦٦) ، المنهاج (ص ٣٨٩) .

(٦) التنبيه (ص ١٦٤ ، ١٦٥) .

أسلم ، وما إذا عتقن ثم أسلم ثم أسلمن ، فلو تأخر عتقهن عن الإسلامين ؛ بأن أسلم ثم أسلمن ، أو عكسه ثم عتقن . . استمر حكم الإماء عليهن ، فتتعين الحرة إن كانت ، وإلا . . اختار واحدة من الإماء فقط بشرطه .

٣٦٤٢ـ قول « التنبيه » فيما لو أسلم عبد وتحته أربع نسوة [ص ١٦٥] : (**فإن أسلم وأعتق ثم أسلمن ، أو أسلمن فأعتق ثم أسلم . . ثبت نكاح الأربع**) لا يخفىٰ أن محله : إذا كن حرائر ، ومن باب أولىٰ ما إذا عتق أولاً ، وكذا لو أسلم معه واحدة ثم عتق ثم أسلم الباقيات ، أما لو أسلم معه اثنتان ثم عتق . . تعينتا للنكاح ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٦٧] : (**وكالحر إن عتق ولم يسلم أو ثنتان ، وإلا . . تعينتا**) .

٣٦٤٣ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٧] : (**وبعدهما تدفع المتأخرة عن عتقها**) أي : والأمة التي عتقت بعد إسلامها وإسلام الزوج تدفع نكاح المتأخرة عن عتقها لا غير ، حتىٰ لو أسلم علىٰ أربع إماء فأسلمت معه اثنتان وتخلفت اثنتان فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق . . اندفع نكاحهما ؛ لأن تحت زوجهما حرة عند إسلامهما وإسلام الزوج ، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة ؛ لأن عتق صاحبتها كان بعد إسلامها وإسلام الزوج ، فلا يؤثر في حقها ، بل يختار واحدة منهما ، كذا ذكره الغزالي ، وتبعه الرافعي والنووي[1] .

وقال ابن الصلاح في « مشكل الوسيط » : استقر الرأي بعد البحث والتنقير على الحكم على الغزالي بأنه ساهٍ في هـٰذه المسألة على المذهب ، وصوابه : أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين ، بل يتخير بين الأربع ؛ لأن عتق إحدى المتقدمتين كان بعد اجتماعهما على الإسلام ، والقاعدة : أن مثل هـٰذا العتق لا يجعلها كالحرائر ، بل يبقىٰ حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها ، وكان منشأ السهو أنه سبق وهمه إلىٰ أنه لما كان عتق المتقدمة واقعاً قبل اجتماع الزوج والمتخلفتين في الإسلام . . التحقت بالحرائر في حق المتخلفتين ، وهـٰذا خطأ ؛ لأن الاعتبار في ذلك باجتماع العتيقة نفسها والزوج في الإسلام لا باجتماع غيرها والزوج ، وهـٰذه العتيقة كانت رقيقة عند اجتماعها هي والزوج في الإسلام ، فكان حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها . انتهىٰ[2] .

ويوافق ما ذكره ابن الصلاح قول الفوراني : لو أسلم وتحته إماء وأسلمت معه واحدة ثم عتقت ثم أسلم البواقي . . تخير بين الكل ؛ لأنها في حالة الاجتماع في الإسلام كانت أمة . انتهىٰ .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه الصواب .

٣٦٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**والاختيار : « اخترتك » ، أو « قررت نكاحك » ، أو**

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/٢١) ، و« فتح العزيز » (٨/١١١) ، و« الروضة » (٧/١٦٠ ، ١٦١) .
(٢) مشكل الوسيط (٥/١٤٦) .

« أمسكتك » ، أو « ثبتك ») ، قال الرافعي بعد ذكر هٰذه الألفاظ وغيرها : وكلام الأئمة يقتضي أن الكل صريح، لكن الأقرب: أن (اخترتك)، و(أمسكتك) من غير تعرض للنكاح كناية . انتهىٰ[1] .

فعلىٰ ما رجحه الرافعي قد خلط « المنهاج » ألفاظ الصريح بالكناية ، ومقتضىٰ هٰذا الكلام : صحة الاختيار بالكناية ، وقد منعه الروياني ؛ لأنه كالابتداء ، وينبغي إن جعل كالدوام مجيء خلاف كالرجعة بها .

وفي بعض نسخ « المحرر » : (اخترتك)[2] كما في « المنهاج » ، وفي بعضها : (**اخترت**) بغير كاف ؛ أي : اخترت أو قررت نكاحك ، فيكون حذف مفعول الأول لدلالة الثاني ، والتقدير : اخترت نكاحك ، فزاد « المنهاج » الكاف ؛ فصار كناية .

٣٦٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٤] : (**وإن وطئها . . فقد قيل : هو اختيار ، وقيل : ليس باختيار**) **الأصح** : أنه ليس باختيار ، وعليه مشى « الحاوي »[3] .

٣٦٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**ولا يصح تعليق اختيارٍ ولا فسخٍ**) محله : ما إذا أراد بالفسخ الحل بلا طلاق ، فإن أراد به الطلاق . . جاز تعليقه ، وهو داخل في قوله قبل ذلك : (**والطلاق اختيار**)[4] فإنه يتناول الصريح والكناية والمنجز والمعلق ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٤٦٧] : (**والطلاق وإن علق**) ثم قال : (**لا الاختيار**) **أي** : لا يصح تعليقه ، ثم قال : (**والفسخ بتفسيره**)[5] **والظاهر** أنه معطوف على الطلاق ؛ أي : أن الفسخ إذا كان بتفسير الطلاق . . فهو تعيين ، ويصح تعليقه ، ويجوز أن يكون معطوفاً على الاختيار ؛ أي : أن الفسخ بتفسير الاختيار ؛ أي : اختيار الفراق لمجرد الحل لا يصح تعليقه .

٣٦٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**ولو حصر الاختيار في خمس . . اندفع من زاد**) مثال ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٦٨] : (**وجاز الحصر في بعض**) .

٣٦٤٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**وعليه التعيين**) يحتمل أنه من تمام ما قبله ؛ أي : تعيين أربع من الخمس ، ويوافقه قول « المحرر » : (فيندفع غيرهن ويؤمر بالتعيين فيهن)[6] ، وأيضاً : فإن وجوب التعيين قد تقدم أول الفصل في قوله : (**لزمه اختيار أربع**)[7] ، ويحتمل أنه كلام مبتدأ

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١١٩) .
(٢) المحرر (ص ٣٠٣) .
(٣) الحاوي (ص ٤٦٧) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٨٩) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٦٧) .
(٦) المحرر (ص ٣٠٣) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣٨٨) .

يشمل هـٰذه وغيرها ، ويؤيده أن النووي عمل بخطه فاصلة قبله ، وأنه عطف عليه[1] .

٣٦٤٩ـ قوله : (**ونفقتهن حتىٰ يختار**)[2] وهـٰذا لم يتقدم ذكره ؛ فجعله مستأنفاً شاملاً لهـٰذه المسألة ، وغيرها أولىٰ .

٣٦٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٤] : (**فإن لم يفعل** ـ أي : الاختيار ـ **أجبر عليه**) لم يبين كيفية الإجبار ، وفي « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**فإن ترك الاختيار . . حبس**) وفي « الحاوي » [ص ٤٦٨] : (**وحبس له ، وعزر إن أصر**) ، قال الأصحاب : ويعزر ثانياً وثالثاً . . . وهـٰكذا حتىٰ يختار بشرط تخلل مدة يبرأ بها عن ألم الأول ، وهـٰذا الذي ذكره الأصحاب من وجوب الاختيار تمسكوا فيه ؛ لورود الأمر في حديث غيلان .

وقال السبكي : الذي أفهمه منه : أن « أمسك » للإباحة و« فارق » للوجوب[3] ؛ لحقهن في رفع الحبس عنهن ، ولمنع الجمع بين العشرة ؛ فإنه الحرام ، والواجب ضده ، فالسكوت مع الكف عن الكل لا محذور فيه ، إلا إذا طلبن إزالة الحبس . . فيجب كسائر الديون ، وإلا . . لم يجب ، فينبغي حمل كلامهم عليه . انتهىٰ .

٣٦٥١ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٨] : (**فإن مات قبله . . اعتدت كل الأقصىٰ**) أي : اعتدت كل واحدة الأقصىٰ من عدتي الفراق والوفاة ، محله : في غير الحامل إذا كانت مدخولاً بها ذات أقراء ، فأما الحامل . . فتعتد بوضع الحمل ، وأما غير المدخول بها وذات الأشهر . . فتعتد عدة الوفاة ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » فقال [ص ٣٨٩] : (**اعتدت حامل به ، وذات أشهر وغير مدخول بها بأربعة أشهر وعشر ، وذات أقراء بالأكثر من الأقراء وأربعة أشهر وعشر**) واعلم : أن الأشهر معتبرة من موته ، **والأصح** : اعتبار الأقراء من وقت إسلامهما إن أسلما معاً ، وإلا . . فمن إسلام السابق .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والمراد : الأكثر من أربعة أشهر وعشر وما بقي من الأقراء ، صرح به البغوي[4] ، وهو ظاهر .

٣٦٥٢ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويوقف نصيب زوجات حتىٰ يصطلحن**)[5] محله : إذا كن مسلمات ، فإن كن كوافر . . فلا وقف ، فلو أسلم معه أربع وتخلف أربع كتابيات . . **فالأصح** : لا وقف أيضاً ، بل تقسم التركة بين غيرهن من الورثة ؛ لأن استحقاق الزوجات غير

---

(١) انظر « الروضة » (٧/١٤٧) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٨٩) .
(٣) يعني به قوله صلى الله عليه وسلم لغيلان الثقفي فيما أخرجه ابن حبان (٤١٥٧) وغيره عن سيدنا ابن عمر رضي الله عنهما : « أمسك أربعاً ، وفارق سائرهن » .
(٤) انظر « التهذيب » (٥/٤٠٧) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٦٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٨٩) .

معلوم ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٤٦٨] : (**أو تخلف أربع كتابيات**) ووجه مقابله : أن استحقاق غيرهن من الزائد غير معلوم ، وارتضاه ابن الصباغ .

قال الرافعي : وهو قريب من القياس(١) ، وقال النووي : **المختار المقيس هو الأول**(٢) . وادعىٰ في « التوشيح » أن عبارة « التنبيه » أحسن من عبارة « المنهاج » لإفصاحه بأن موته قبل الاختيار ، وليس كذلك ؛ فـ « المنهاج » أيضاً إنما ذكر كلامه هـٰذا بعد قوله : (**فإن مات قبله**) أي : قبل الاختيار ، وإن عبارة « المنهاج » أحسن ؛ لدلالتها علىٰ أن شرط الوقف : أن يكن وارثات ، وليس كذلك ، بل عبارتهما في ذلك سواء ، والله أعلم .

٣٦٥٣ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٨] : (**وجاز بالتفاوت**) يستثنىٰ منه : ما إذا كان فيهن طفلة أو مجنونة وصالح عنها وليها . . فلا يجوز مع التفاوت ، **والأصح** : أن له النقص في الصلح عن ربع الموقوف ، لكن لا ينقص عن ثمنه .

فصل

[في إسلام أحد الزوجين]

٣٦٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٨٩] : (**ولو أسلمت أولاً فأسلم في العدة أو أصر . . فلها نفقة العدة على الصحيح**) ، عبر في « الروضة » : **بالمشهور** ، وقيل : الصحيح(٣) ، فرجح كون الخلاف قولين ، فإن قيل : لو أسلمت قبل الدخول . . سقط المهر مع إحسانها .

قلت : قال المتولي : المهر عوض العقد فسقط بتفويت العاقد معوضه وإن كان معذوراً ؛ كأكل البائع المبيع مضطراً ، والنفقة للتمكين ، وإنما يسقط للتعدي ، ولا تعدي هنا .

٣٦٥٥ـ قول « التنبيه » في (النفقات) [ص ٢٠٨] : (**وإن ارتدت . . سقطت نفقتها ، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة . . فقد قيل : لا تستحق ، وقيل : علىٰ قولين**) **الأصح** : القطع بأنها لا تستحق ، وبه جزم « المنهاج »(٤) ، وعليه مشى « الحاوي » بقوله [ص ٤٦٨] : (**وردتها**) .

وقال الرافعي : إنه لا يجيء هنا القول المتقدم(٥) ، واعترضه النووي بأن في « المهذب » وغيره طريقين ، **أحدهما** : طرد القولين(٦) ، وهو الذي نقلناه عن « التنبيه » .

* * *

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٢٥) .
(٢) انظر « الروضة » (٧/ ١٧١) .
(٣) الروضة (٧/ ١٧٢) .
(٤) المنهاج (ص ٣٨٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٢٨) .
(٦) انظر « الروضة » (٧/ ١٧٢) .

باب الخيار والإعفاف ونكاح العبد

٣٦٥٦ـ قولهم : (**إذا وجد أحد الزوجين بالآخر جنوناً**)[١] يتناول المتقطع ، وهو كذلك ، قال الإمام : ولم يتعرضوا لاستحكامه ولم يراجعوا الأطباء في إمكان زواله ، ولو قيل به . . لم يبعد[٢] .

٣٦٥٧ـ قولهم : (**أو جذاماً أو برصاً**)[٣] يتناول المستحكم وغيره ، لكن قال الشيخ أبو محمد : إن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار ، وإنما يثبت إذا استحكما ، وتبعه ابن الرفعة ، قالا : والاستحكام في الجذام يكون بالتقطع ، وتردد الإمام في ذلك ، وجوز الاكتفاء باسوداده ، وحكم أهل المعرفة باستحكامه[٤] .

٣٦٥٨ـ قولهم : (**وإن وجدت المرأة زوجها عنيناً**)[٥] محله : في البالغ العاقل ، فلا تسمع دعوى العنة من امرأة صبي أو مجنون ؛ لأمور : **منها** : أن الفسخ يعتمد إقرار الزوج ، وقولهما لغو ، وقد صرح بذلك غير واحد ، وهو واضح .

٣٦٥٩ـ قولهم : (**أو مجبوباً**)[٦] أي : مقطوع جميع الذكر أو بعضه ، وبقي منه دون الحشفة ، فإن بقي قدرها فأكثر . . فلا خيار **على المذهب** ، كما في « الروضة » وأصلها[٧] ، وقال بعضهم : صواب العبارة : أن يبقىٰ منه ما يمكن أن يولج منه قدر الحشفة ، صرح به جماعة ، **وصحح** الماوردي عدم الخيار فيما إذا بقي ما يقدر علىٰ إيلاجه ، ولم يقيده بقدر الحشفة[٨] .

٣٦٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن جب بعض ذكره وبقي ما يمكن الجماع به فادعىٰ أنه يمكنه الجماع به . . فقد قيل : القول قولها ، وقيل : قوله**) هـٰذا الثاني هو **الأصح** ، ويرد علىٰ حصرهم العيب المختص بالمرأة في الرتق والقرن **ثالثٌ** ذكره الرافعي في (الديات) ، فحكىٰ عن الغزالي : أنه إذا كانت المرأة لا تحتمل الوطء إلا بالإفضاء ؛ لضيق المنفذ بحيث يخالف العادة . . فله الخيار كما في الجب ، قال : **والمشهور** من كلام الأصحاب ـ وقد تقدم في (الصداق) ـ : أنه لا فسخ بمثل ذلك ، ثم قال : ويشبه أن يقال : إن احتملت وطء نحيف مثلها . . فلا فسخ ، وإن

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٦٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٠) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٤٠٩ ، ٤١٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٦٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٠) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٤٠٨) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٦٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٦٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٠) .
(٧) فتح العزيز (٨/١٦١) ، الروضة (٧/١٩٥) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٣٤٠) .

كان ضيق المنفذ ، بحيث يحصل به الإفضاء من كل واطىء . . فهـٰذا كالرتق ، وينزل ما قاله الأصحاب على الحالة الأولىٰ ، وما ذكره الغزالي على الثانية[1] .

قال في « المهمات » : وهـٰذا التوسط الذي ذكره في المرأة لا شك في جريانه في الرجل أيضاً . انتهىٰ .

وفهم من قولهما : (**وجد**)[2] أن محل الخيار : إذا جهل أحدهما عيب الآخر ، فإن علم به . . فلا خيار له ، وصرح بذلك « الحاوي »[3] ، ولو زاد العيب الذي رضي به **في الأصح** ؛ فإن رضاه به رضاً بما يتولد منه .

واستثنىٰ في « الكفاية » عن « التتمة » : ما إذا حدث ذلك العيب بمكان آخر ، وقد يقال : لا استثناء ؛ فإنه عيب آخر ، ولا يثبت الخيار أيضاً فيما إذا لم يعلم بالعيب إلا بعد موت المعيب في **الأصح** ؛ لانتهاء النكاح بالموت ، ولا فيما إذا علم بالعيب بعد زواله ؛ لانتفاء الضرر ، وقد ذكرهما « الحاوي »[4] .

٣٦٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**وإن وجد أحدهما بالآخر عيباً من هـٰذه العيوب وبه مثله . . فقد قيل : يفسخ ، وقيل : لا يفسخ**) **الأصح** : الفسخ ، وعليه مشى « المنهاج » ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي »[5] ، والمراد : مماثلته له في الجنس والقدر والمحل والفحش .

قال الرافعي : فإن كان أحدهما أكثر أو أفحش . . وجب أن يثبت الخيار من غير خلاف ، وقد ذكر ذلك بحثاً[6] ، وقد حكاه ابن الرفعة عن القاضي حسين نقلاً ، وعليه يدل تعبير « التنبيه » و« المنهاج » ، بالمثل[7] .

قال الرافعي والنووي : وهـٰذا في غير الجنون ، أما إذا كانا مجنونين . . فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما[8] ، واعترضه ابن الرفعة : بأنه يمكن في المنقطع حال الإفاقة .

قال في « المهمات » : لا شك أن الرافعي ذهل عن ثبوت الخيار بالمنقطع .

قلت : المنقطع لا يوصف حال الإفاقة بالجنون ، فما أراد الرافعي فيما يظهر إلا المطبق .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/٤٠٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (١٦٢) ، و« المنهاج » (٣٩٠) .
(٣) الحاوي (ص ٤٦٩) .
(٤) الحاوي (ص ٤٦٩) .
(٥) الحاوي (ص ٤٦٩) ، المنهاج (ص ٣٩٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/١٣٦) .
(٧) التنبيه (ص ١٦٢) ، المنهاج (ص ٣٩٠) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٨/١٣٦) ، و« الروضة » (٧/١٧٨) .

وقال شيخنا ابن النقيب : يمكن أيضاً في المطبق للولي[1] ، ويجري مثل هـٰذا الخلاف فيما لو كان مجبوباً وهي رتقاء ، وقطع بعضهم بالمنع ؛ لعدم الطريق إلى الوطء . والله أعلم

٣٦٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**وإن وجد أحدهما الآخر خنثىٰ . . ففيه قولان**) **الأظهر** كما في « المنهاج » : أنه لا خيار ، وقيده بأن يكون واضحاً[2] ، وهو من زيادته على « المحرر » ، ولا بد منه ؛ فإن المشكل لا يصح نكاحه ، وقد صرح به « التنبيه » في (باب ما يحرم من النكاح)[3] ، فلم يحتج إلىٰ تقييده هنا ، **والأصح** : أن محلهما : إذا اختار الذكورة بغير علامة فيزوج امرأة ، أو عكسه ؛ لأنه قد يخرج بخلافه ، فإن اتضح بعلامة . . فلا خيار .

٣٦٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**وإن حدث العيب بالزوج . . كان لها أن تفسخ**) يتناول الجب ولو كانت الزوجة هي الجابة لذكر زوجها ، وهو **الأصح** يستثنىٰ منه : العنة بعد الدخول . . فلا خيار بها ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٣٦٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**وإن أرادت أن تتزوج بمجذوم أو أبرص . . فقد قيل : له منعها ، وقيل : ليس له منعها**) **الأصح** : الأول ، وهو موافق لتصحيح « المنهاج » : أن الولي يتخير بمقارن جذام وبرص[5] ، فمسألة « التنبيه » في المنع من ابتداء النكاح ، ومسألة « المنهاج » في فسخه بعد عقده ، وقد ذكر « الحاوي » المسألتين فقال [ص ٤٦٩] : (**وللولي بالعام المقارن ؛ كمنع النكاح**) .

٣٦٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**ولا يصح الفسخ بهـٰذه العيوب إلا على الفور**) ، و« المنهاج » [ص ٣٩٠] : (**والخيار على الفور**) المراد به إن صح : المطالبة والرفع إلى الحاكم على الفور .

٣٦٦٦ـ قولهم : (**والفسخ قبل دخولٍ يُسقط المهر**)[6] يتناول فسخه بعيبها وفسخها بعيبه : واستشكل السبكي الأول ، وقال : هلاَّ تشطر كتطليقه ، وكونه بسببها معارض بفسخها بعيبه ، فإما أن يحال على المباشرة . . فيتشطر إذا فسخ ، ويسقط إذا فسخت ، أو على السبب . . فبالعكس .

وأجاب : بأن المهر منه في مقابلة منفعتها ، ولا عوض منها مقابلاً لمنفعته ، وهـٰذا يقتضي عدم فسخها ، لكن أثبته الشرع علىٰ خلاف القاعدة دفعاً لضررها مع سلامة ما عقدت عليه ، وهو

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٨٣) .
(٢) المنهاج (ص ٣٩٠) .
(٣) التنبيه (ص ١٦٠) .
(٤) الحاوي (ص ٤٦٩) ، المنهاج (ص ٣٩٠) .
(٥) المنهاج (ص ٣٩٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٦٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٧٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٠) .

العوض ، فترده كما عاد بضعها سالماً ، وأما فسخه : فعلى القاعدة المقتضية رد العوضين .

٣٦٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٠] : (**وبعده . . الأصح : أنه يجب مهر مثل إن فسخ بمقارن**) عبارة « الروضة » : (**الصحيح المنصوص**)(١) ، ولم يبين « المنهاج » مقابله ـ وهو قول مخرج ـ : أنه المسمىٰ ، ووجه : أنه إن فسخ بعيبها . . فمهر المثل ، أو فسخت بعيبه . . فالمسمىٰ .

قال شيخنا ابن النقيب : وهـٰذا الذي لا يتجه غيره ؛ لأنه بذل المسمىٰ في التمتع بسليمة ، وقد استوفاه ، فلم يعدل عنه إلىٰ مهر المثل ؛ اللهم إلا أن يقال : إنما رضيت بهـٰذا المسمىٰ لظنها سلامته ، ومهر مثلها أكثر منه ، وحيئنذ . . فينبغي وجوب الأكثر منهما(٢) .

٣٦٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**وإن كان بعيب حدث قبل الوطء . . سقط المسمىٰ ووجب مهر المثل**) يقال : كيف يتمكن من الفسخ بعد الوطء واشتغاله بالوطء مفوت للفور ؟

وجوابه : أن صورة المسألة أنه وطء غير عالم بحدوث العيب ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٩٠] : (**أو بحادث بين العقد والوطء جهله الواطىء**) ثم إن هـٰذا مفرع **على الجديد** : في أن له الفسخ بعيبها الحادث ، فإن قيل : الفسخ إن رفع العقد من أصله . . فليجب مهر المثل بكل حال ، أو من حينه . . فالمسمىٰ كذلك ، فما وجه التفصيل ؟

قلت : أجاب عنه السبكي بأن اختيارنا هنا وفى (الإجارة) أنه يرفعه من حين حدوث سببه لا من أصل العقد ولا من حين الفسخ ؛ فيستقيم التفصيل المذكور ؛ ولأن المعقود عليه فيهما المنافع ، وهي لا تقبض حقيقة إلا بالاستيفاء ، بخلاف البيع ؛ فإن القبض فيه مقرر وفسخه بالردة والرضاع والإعسار من حينه .

٣٦٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**وهل يرجع به علىٰ من غره ؟ فيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : **أن الجديد** : أنه لا رجوع كما ذكره « المنهاج » ، ومشىٰ عليه « الحاوي »(٣) .

ثانيها : الظاهر أن الضمير في قوله : (**به**) يعود علىٰ مهر المثل ؛ لأنه أقرب مذكور قبله ، وكذا في « التتمة » ، وقال : **إن غرم المسمىٰ** . . فلا رجوع جزماً ؛ لأنه سلم له بدل ما ملكه بالعقد وهي الوطأة الأولىٰ ، وسوى البغوي بينهما(٤) ، وهو **الأصح** في « أصل الروضة »(٥) ولذلك أطلق « المنهاج » المهر(٦) ، فتناول المسمىٰ ومهر المثل .

---

(١) الروضة (٧/١٨٦) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٨٧) .

(٣) الحاوي (ص ٤٧٠) ، المنهاج (ص ٣٩٠) .

(٤) انظر « التهذيب » (٥/٤٥٥ ، ٤٥٦) .

(٥) الروضة (٧/١٨١) .

(٦) المنهاج (ص ٣٩٠) .

ثالثها : محل الخلاف : في العيب المقارن ، أما الحادث : فلا رجوع به جزماً ؛ لعدم التغرير .

رابعها : دخل في قوله : (**من غره**) الولي والزوجة دون غيرهما ؛ فإنه غير عاقد ولا معقود عليه ، وصوّر في « التتمة » التغرير منها : بأن تسكت عن ذكر عيبها ، ويظهر للولي معرفة الخاطب به ، وصوّره أبو الفرج الزاز : بأن تعقد بنفسها ويحكم به حاكم ، ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر بالدفع إليها ثم الاسترداد منها ، لكن ذكر الشيخ أبو حامد والإمام : أنه لا معنىٰ لذلك[1] ، ومعنى الرجوع : عدم الغرم لها ، لكن هل يجب لها أقل ما يصلح أن يكون مهراً ؟ وجهان ، **أصحهما** في زيادة « الروضة » : لا[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الظاهر مقابله ، وحكاه عن صاحب « البيان »[3] ، فلو كان الولي جاهلاً بالعيب . . ففي الرجوع عليه وجهان .

محلهما : في غير المحرم ؛ كابن العم والمعتق والقاضي .

٣٦٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٢] : (**ولا يجوز إلا بالحاكم**) قد يفهم تعينه للفسخ ، وهو وجه حكاه في « الذخائر » ، **والمشهور** خلافه ، والمراد : تعين الرفع إلى الحاكم ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**ويشترط في العنة رفعٌ إلىٰ حاكم وكذا سائر العيوب في الأصح**) ، وكذا عبر « الحاوي » بالرفع إلىٰ حاكم[4] .

قال الرافعي : وعلى الوجهين يجوز التأخير إلىٰ أن يفسخ عند القاضي[5] .

٣٦٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**وتثبت العنة بإقراره أو ببينة علىٰ إقراره**) قد يقال : العمل بالبينة علىٰ إقراره عمل بإقراره ؛ فهو داخل في الإقرار المذكور أولاً ؛ ولذلك اقتصر « التنبيه » و« الحاوي » على الإقرار بالعنة[6] .

وجوابه : أن المراد : إقراره عند الحاكم حين الدعوىٰ ، فلم يتناول البينة علىٰ إقراره ، ولم يذكر « التنبيه » ثبوته باليمين المردودة بعد نكوله ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[7] ولعله سكت عنه ؛ لأنه في معنى الإقرار .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٤١٧) .
(٢) الروضة (٧/١٨٢) .
(٣) البيان (٩/٢٩٨) .
(٤) الحاوي (ص ٤٧٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٥) .
(٦) التنبيه (ص ١٦٣) ، الحاوي (ص ٤٧٢) .
(٧) الحاوي (ص ٤٧٢) ، المنهاج (ص ٣٩١) .

قال أصحابنا : ولها أن تحلف إذا بانت لها عنته بالقرائن والممارسة .

٣٦٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإذا أقر بالتعنين . . أجل سنة من يوم المرافعة**) إنما يكون ابتداؤها من ضرب القاضي المدة بعد ثبوته ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**وإذا ثبتت . . ضرب له القاضي سنة**) وإنما يكون ضرب المدة بعد طلبها ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، ويكفىٰ فيه قولها : (أنا طالبة حقي علىٰ موجب الشرع) وإن جهلت تفصيل الحكم ، فلو سكتت . . لم يضرب ، إلا إن يحمل القاضي سكوتها علىٰ دهش أو جهل . . فلا بأس بتنبيهها .

٣٦٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**فإذا تمت** ـ أي : من غير وطء ـ **رفعته إليه**) ، وقال الماورديُ : لو سكتت بعد مضي السنة مدة لم ترفعه إلى الحاكم . . لم يبطل حقها من الفسخ ، فلها بعد ذلك رفعه[2] .

٣٦٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**فإن جامعها ـ وأدناه : أن يغيب الحشفة في الفرج ـ . . سقطت المدة**) المراد : القبل ، قال في « التهذيب » : وهـٰذا في الثيب ، أما البكر : فلا بد من الافتضاض[3] ، قال الرافعي : وهـٰذا يدل علىٰ أن الافتضاض لا يحصل بتغييبها ، وتغييب قدر الحشفة من مقطوعها كتغييب الحشفة **على الأصح** ؛ كنظائره[4] .

٣٦٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**فإن قال : « وطئت » . . حُلف**) يستثنىٰ منه : ما إذا شهد أربع من القوابل بأنها باقية علىٰ بكارتها . . فالقول قولها مع يمينها ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي »[5] .

وإيجاب يمينها هو **المرجح** في « الشرح الصغير » ، وليس في « الروضة » وأصلها تصريح بترجيح ، وفيهما : أن ظاهر النص عدم التحليف[6] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **إن ظاهر النص** : تحليفها .

٣٦٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**فإن نكل . . حُلفت**) قال الرافعي ـ وتبعه في « الروضة » ـ : وفيه الخلاف الذي سبق[7] ؛ يعني : في قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**وكذا بيمينها**

---

(١) الحاوي (ص ٤٧٢) ، المنهاج (ص ٣٩١) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٣٧٤) .
(٣) التهذيب (٥/٤٦٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٤) .
(٥) التنبيه (ص ١٦٣) ، الحاوي (ص ٤٧٢) .
(٦) فتح العزيز (٨/١٦٨ ، ١٦٩) ، الروضة (٧/٢٠٢) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٩) ، و« الروضة » (٧/٢٠٢) .

بعد نكوله في الأصح) وفي مجيئه نظر ؛ فإنها تحلف هناك على العنة التي مستندها فيها قرائن الأحوال وقد تتخلف ، وهنا علىٰ ترك الوطء وهو محسوس ، فكيف يأتي الخلاف ؟ ذكره السبكي ، وتعجب من الرافعي كيف وقع منه هـٰذا ؟

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أر من ذكر هـٰذا الخلاف ، ولكن إذا نظر إلى احتمال أن يطأها نائمة . . أمكن أن يأتي خلاف ضعيف ، لكنه لا ينظر إلىٰ إنكاره في الشريعة . . فسقط .

قلت : لعل أصل الخلاف في الموضعين أن اليمين المردودة كالإقرار . . فيحلف ، أو كالبينة . . فلا يحلف ؛ لأن كلاً من العنة وعدم الوطء لا يمكن إقامة البينة عليه .

٣٦٧٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٢] : **(والقول لنافي الوطء لا إن أتت بولد ولم يلاعن وفي العنة والإيلاء)** كذا حكاه الرافعي والنووي عن الأئمة[١] ، ويرد عليه مسائل :

الأولىٰ : إذا تزوجها بشرط البكارة فقالت : زالت بوطئك . . فالقول قولها بيمينها ؛ لدفع الفسخ ، وقوله بيمينه ؛ لدفع كمال المهر ، حكاه الرافعي عن البغوي ، وأقره[٢] .

الثانية : إذا قال لطاهر : أنت طالق للسُّنَّةِ ، ثم قال : لم يقع ؛ لأني جامعتك فيه ، وأنكرت . . قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب : قبول قوله ؛ لبقاء النكاح ، حكاه عنه الرافعي[٣] ، وأجاب بمثله القاضي في « فتاويه » فيما إذا قال : (إن لم أنفق عليك اليوم . . فأنت طالق) ثم ادعى الإنفاق . . فيقبل ؛ لعدم الطلاق لا لسقوط النفقة ، لكن في « فتاوى ابن الصلاح » : أن الظاهر الوقوع في هـٰذه المسألة[٤] .

الثالثة : إذا ادعت المطلقة ثلاثاً أن الزوج الجديد أصابها . . قُبل ؛ لتحل للمطلق ، لا لاستقرار المهر ، ذكره الرافعي في التحليل[٥] .

الرابعة : إذا عتقت تحت عبد وقلنا بالخيار إلى الوطء فادعاه وأنكرت . . ففي المصدق وجهان في الرافعي بلا ترجيح ؛ لتعارض الأصلين : بقاء النكاح ، وعدم الوطء[٦] .

٣٦٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : **(فإن حلفت أو أقر . . استقلت بالفسخ)** يشترط على **الأصح** بعد حلفها أو إقراره : أن يقول القاضي : ثبتت العنة أو حق الفسخ ، فاختاري ، ولم يتعرض لذلك « الحاوي » أيضاً[٧] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٨) ، و« الروضة » (٧/٢٠٣) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٠٦) .
(٤) فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٤٥٠ ، ٤٥١) مسألة (٤١١) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٤) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٠) .
(٧) الحاوي (ص ٤٧٢) .

٣٦٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**ولو اعتزلته أو مرضت أو حبست في المدة . . لم تحسب**) يتناول ما إذا استغرق ذلك المدة ، وما إذا وجد في بعضها وزال ، وقد قال الرافعي في الصورة الثانية : القياس استئنافها ، أو مضي ذلك الفصل من قابل[١] .

قال ابن الرفعة : وفيه نظر ؛ لأنه يلزم منه الاستئناف أيضاً ؛ فلعل المراد : أنه لا يمتنع انعزالها عنه في غيره من السنة الأخرىٰ بخلاف الاستئناف .

٣٦٨٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٢] : (**لا إن رضيت**) أي : بالمقام معه ؛ فإنه يسقط خيارها .

محله : إذا كان الرضا بعد انقضاء المدة ، أما لو رضيت قبل ضربها ، أو في أثنائها . . فإنه لا يسقط حقها من الفسخ بعد المدة في الأصح ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن اختارت المقام معه قبل انقضاء الأجل . . لم يسقط خيارها على المنصوص**) و« المنهاج » [ص ٣٩١] : (**ولو رضيت بعدها به . . بطل حقها**) فذكر كل منهما إحدى الحالتين بالمنطوق والأخرىٰ بالمفهوم ، وقوله : (**بعدها**)[٢] من زيادته على « المحرر » .

٣٦٨١ـ قول « الحاوي » [ص ٤٦٩] : (**وعنّة قبل الوطء**) أي : في ذلك النكاح ، فلو وجد الوطء في نكاح سابق . . لم يمنع الفسخ ، وقد ذكره بعد ذلك بقوله : (**أو وطىء في نكاح سابق**)[٣] .

٣٦٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن تزوج امرأة وشرط أنه حر فخرج عبداً . . فهل يصح النكاح ؟ فيه قولان**) ثم قال : (**وإن شرط أنها حرة فخرجت أمة . . ففيه قولان**)[٤] فيه أمور :

أحدها : **الأظهر** : صحة النكاح في الصورتين كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٥] .

ثانيها : قد يفهم منه اختصاص ذلك بشرط الحرية ، وليس كذلك ، وقد قال « الحاوي » [ص ٤٧٠] : (**وخلف شرط الإسلام والنسب والحرية**) ، فزاد : الإسلام والنسب ، وقد يفهم اختصاصه بما ذكر أو بصفة كمال ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**ولو نكح وشرط فيها إسلامٌ ، أو في أحدهما نسب أو حرية ، أو غيرهما فَأُخلف . . فالأظهر : صحة النكاح**) فدخل تحت قوله : (**غيرهما**) بقية الأوصاف ، وقد يتوقف في ذلك ؛ لأنه لا عموم فيه ، فأحسن منه قول « التصحيح » : وأنه إذا شرط في أحدهما وصف فخرج أعلىٰ منه أو أنزل . . صح النكاح[٦] ، ومع

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٦٦/٨) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٩١) .
(٣) الحاوي (ص ٤٧٢) .
(٤) التنبيه (ص ١٦٣) .
(٥) الحاوي (ص ٤٧٠) ، المنهاج (ص ٣٩١) .
(٦) تصحيح التنبيه (٢٨/٢) .

ذلك فقد يفهم اختصاص الخلاف بشرط صفة كمال أو نقص ، وليس كذلك ؛ فإنه مطرد في شرط ما لا يتعلق به كمال ولا نقص ، ويدل علىٰ أن « التنبيه » أراد التمثيل بشرط الحرية دون التقييد : أنه حكى القولين بعد ذلك فيما إذا تزوج امرأة وشرط أنها أمة فخرجت حرة ، أو علىٰ أنها كتابية فخرجت مسلمة[1] .

ثالثها : لا يخفىٰ أن محل الخلاف فيما إذا شرط أنه حر فخرج عبداً : أن يكون السيد أَذِنَ له في النكاح ، وإلا . . لم يصح قطعاً ، وقال الفارقي : المسألة مفروضة فيما إذا عينت الزوج وشرطت صفته ، وكذا قال صاحب « الوافي » : إن محل الخلاف فيما إذا أذنت في التزويج من معين ، فإن أذنت في التزويج من غير معين لكنه متصف بصفة مخصوصة فخرج علىٰ خلافها . . بطل العقد قطعاً ، وتعليل « المهذب » يرشد لذلك[2] .

رابعها : ولا يخفىٰ أن محل الخلاف في الصورة الثانية : فيما إذا كان المزوج السيد والزوج ممن يحل له نكاح الأمة ، وأطلق « الحاوي »[3] خلف شرط الإسلام ، ولا يخفىٰ أن محله فيما إذا شرط فيه : أن تكون كتابية ، فلو كانت مسلمة فأخلف . . لم يصح قطعاً ، وفيما إذا شرط فيها : أن يظهر كونها كتابية ؛ فلو بانت وثنية . . لم يصح جزماً .

واقتضىٰ كلام « المنهاج » أن اشتراط الإسلام فيه لا يتصور فيه الصحة مع خلف الشرط ، وقد عرفت تصويره بأن تكون كتابية ، وأطلق « الحاوي » ثبوت الخيار بخلف شرط الإسلام والنسب والحرية[4] ، وفصّل « المنهاج » فقال [ص ٣٩١] : (**ثم إن بان خيراً مما شُرط . . فلا خيار ، وإن بان دونه . . فلها خيار وكذا له في الأصح**) ، وكلام « التنبيه » يوافقه ؛ فإنه جزم بثبوت الخيار لها فيما إذا شرط أنه حر فخرج عبداً تفريعاً على الصحة ، وصحح ثبوته له فيما إذا خرجت أمة ، لكنه حكى الخلاف في ذلك قولين[5] ، وهو في « المنهاج » وجهان[6] ، وجزم بعدم الخيار فيما إذا شرط أنها أمة فخرجت حرة ، أو كتابية فخرجت مسلمة ، وفي « أصل الروضة » فيما إذا بان دونه . . أن الغزالي أطلق في ثبوت الخيار قولين ، وقال سائر الأصحاب : إن شرط فيه نسب شريف فأخلف بدونه وهو دون نسبها . . فلها ولأوليائها الخيار ، وإن كان مثل نسبها أو فوقه . . فلا خيار لها في

---

(١) التنبيه (ص ١٦٣) .
(٢) المهذب (٢/ ٥٠) .
(٣) الحاوي (ص ٤٧٠) .
(٤) الحاوي (ص ٤٧٠) .
(٥) التنبيه (ص ١٦٣) .
(٦) المنهاج (ص ٣٩١) .

الأظهر ، وقيل : قطعاً[١] ، وهـٰذا التصحيح إنما حكاه الرافعي عن البغوي[٢] ، لكنه أرسله في « الشرح الصغير » ، **ورجح الشافعي** رضي الله عنه ثبوت الخيار فقال : إنه أشبه القولين ، وبه أقول ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني .

وإن أخلف نسب الزوجة . . **فالأصح** : أنه كعكسه ، فيثبت له إن كان دون نسبه ، وإلا . . ففيه القولان ، وقيل : لا خيار له قطعاً ، وإن شرطت حريته فخرج عبداً وهي حرة . . فلها ولأوليائها الخيار ، أو أمة . . فوجهان ، وقيل : يثبت قطعاً ، قال الإمام والمتولي : والخيار لسيدها دونها عكس العيوب ؛ لأن له إجبارها علىٰ نكاح عبد لا معيب[٣] ، وإن شرط حريتها فخرجت أمة . . فله الخيار إن كان حراً دون ما إذا كان عبداً **على المذهب** .

ويرد ذلك على « التنبيه » فإنه أطلق تصحيح ثبوت الخيار له ثم قال [ص ١٦٣] : (**وقيل : إن كان الزوج عبداً . . فلا خيار له قولاً واحداً والأول أصح**) . انتهىٰ .

وإن شرطت في الزوج صفة أخرىٰ فبان دونها . . فلها الخيار ، وإن شرطت فيها . . ففي ثبوت الخيار له قولان ؛ لتمكنه من الطلاق ، قال في « الروضة » من زيادته : **الأظهر** : ثبوته[٤] .

٣٦٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن تزوج امرأة وبان أنها أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ، أو بان أنها كتابية . . فقد قيل : فيهما قولان ، أحدهما : أن له الخيار ، والثاني : أنه لا خيار له ، وقيل : في الأمة لا خيار له ، وفي الكتابية يثبت له الخيار**) الطريقة الثانية هي النص فيهما ، لكن **الأرجح** : الطريقة الأولىٰ ، **وأظهر القولين** : عدم الخيار ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٣٩١] : (**ولو ظنها مسلمة أو حرة فبانت كتابية أو أمة وهي تحل له . . فلا خيار في الأظهر**) و« الحاوي » فقال [ص ٤٧٠] : (**لا خلف الظن**) وتعبيرهما بالظن لا بد منه ، وأهمله « التنبيه » ، ودخل في عبارة « الحاوي » ما لو ظنته كفئاً فأذنت في تزويجها منه فبان غير كفء ؛ لفسق أو دناءة نسب أو حرفة أو عيب أو رق .

واقتضىٰ كلامه : أنه لا خيار لها في جميع ذلك ، وهو مقتضىٰ إطلاق الغزالي ، وفصّل « المنهاج » في ذلك فقال تبعاً لـ« المحرر » فيما إذا بان فسقه أو دناءة نسبه وحرفته : (**لا خيار لها**) وزاد : (**أنه لو بان معيباً أو عبداً . . فلها الخيار**)[٥] ، وقد ذكر الرافعي ذلك علىٰ طريق البحث ،

---

(١) الروضة (٧/ ١٨٤) ، وانظر « الوجيز » (٢/ ٢٣) .

(٢) انظر « التهذيب » (٥/ ٣٠٧) ، « فتح العزيز » (٨/ ١٤٥) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٤٥٣) .

(٤) الروضة (٧/ ١٨٥) .

(٥) المحرر (ص ٣٠٥) ، المنهاج (ص ٣٩١) .

لكن قال فيما لو بان عبداً : ليكن الحكم فيه كما لو نكحها ظاناً حريتها فبانت أمة ، وقد تقدم أنه لا خيار فيه ، قال : لكن جانب المرأة أولىٰ بالخيار[1] .

وقال في « الروضة » من زيادته : هٰذا الذي ذكره الغزالي ضعيف ، وفي « فتاوىٰ » صاحب « الشامل » : لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً فبان عبداً . . فلها الخيار ، وذكر غيره نحوه ، وأنكروا على الغزالي هٰذه المسألة ، وذكر الرافعي قبيل (الصداق) عن « فتاوى القاضي حسين » فيما لو بان فاسقاً . . أنه يصح النكاح ؛ لوجود الإشارة إلىٰ عينه ، وعن البغوي : أن لها الفسخ كما لو بان معيباً ، قال : وعجب من الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله عن البغوي هٰذا ؟![2]

وقال السبكي : عجب كيف وافق في « المنهاج » الرافعي مع نقله هٰذا! انتهىٰ .

وفي « النهاية » : لو بان غير كفء ؛ أي : لدناءة نسبه كما أوضحه في أثناء كلامه . . فلا خيار اتفاقاً ، ولو بان عبداً . . ترددوا فيه[3] .

وهٰذا يوافق بحث الرافعي ، وما نقله النووي عن « فتاوىٰ » صاحب « الشامل » هو أيضا في « الشامل » و« التتمة » ، وعن الماوردي : لو اعتقدت فيه كمال الأحوال فبان بخلافه ؛ فإن كان غير كفء . . خيرت ، أو كفئاً . . فلا ، إلا الرق . . فوجهان[4] .

قال السبكي : فالمراتب ثلاث :

إحداها : فوات فضيلة لا خيار به اتفاقاً وإن ظن ؛ كأنصارية ظنته قرشياً فبان أنصارياً .

الثانية : أحد العيوب الخمسة تثبته وإن لم يظن عدمه .

الثالثة : ما يعد عيباً للنقص ؛ كالدناءة والفسق والرق ، فكلام البغوي يقتضي الخيار به ، والرافعي مصرح بعدمه في الفسق والدناءة .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ما ذكره الغزالي ليس بضعيف ، وقد قال الشافعي في رواية « البويطي » : وإذا تزوج العبد امرأة ولم يذكر لها الحرية ولا غيرها فقالت : ظننتك حراً . . فلا خيار لها ، وقد قيل : لها الخيار . انتهىٰ ، قال شيخنا : وهٰذا هو **المعتمد والصواب** ؛ لأنها قصرت بترك البحث ، وحينئذ . . يرجح تشبيه الرافعي ، وقد جزم « المنهاج » بخلافه ، **والمعتمد** : نص صاحب المذهب . انتهىٰ .

٣٦٨٤ـ قول « التنبيه » في خلف الشرط [ص ١٦٣] : **(وهل يرجع به علىٰ من غره ؟ فيه قولان)**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/١٤٧) .

(٢) الروضة (٧/١٨٥) ، وانظر « التهذيب » (٥/٢٩٩) ، و« فتح العزيز » (٨/٢٢٦) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٤٥٨) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٩/١٤٢) .

الأظهر : لا ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٩١] : (**ومتىٰ فُسخ بخلف . . فحكم المهر والرجوع به على الغار ما سبق في العيب**) .

٣٦٨٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**والمؤثر تغرير قارن العقد**) فيه أمران :

أحدهما : المراد : مقارنته للعقد مشروطاً فيه ؛ فلو قارنه لا علىٰ سبيل الشرط فيه . . لم يؤثر .

المراد : التأثير في بطلان النكاح علىٰ قول وثبوت الخيار **على الأظهر** ؛ أما بالنسبة إلى الرجوع بالمهر على القديم . . فالتغرير السابق فيه كالمقارن ، قاله الغزالي[1] .

وقال الإمام : لا يشترط وجوده بين الإيجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد ، وإنما يشترط اتصاله بالعقد ، فلو قال : (هي حرة) ترغيباً في نكاحها ثم زوجها بوكالة متصلاً . . فتغرير ، فلو لم يقصد الترغيب ثم اتفق العقد بعد أيام . . فلا ، فإن قاله لا لترغيب واتصل ، أو لترغيب وتراخىٰ . . ففيه تردد[2] .

قال الرافعي : ويشبه ألاَّ يعتبر الاتصال كإطلاق الغزالي ، والفرق بين بطلان العقد والرجوع : أن باب الضمان أوسع ؛ بدليل رجوعه علىٰ قول بمجرد السكوت[3] .

قال ابن الرفعة : وقوله يحتاج إلىٰ تأمل ؛ لأن الرجوع إنما هو إذا قلنا ببطلان العقد ، أو بالصحة والخيار . . ففسَخَ ، أما لو لم يفسخ . . فالواجب المسمىٰ ولا رجوع علىٰ أحد ، فيلزم إذا ذكر قبل العقد ، وقلنا : لا يؤثر . . أن العقد صحيح ولا خيار ، ويجب المسمىٰ بحكم دوام العقد ؛ فلا رجوع ، فلا وجه للتفرقة بين الرجوع وغيره ، وأبلغ منه قول أبي الطيب وغيره : حيث وجب المسمىٰ . . لا رجوع ، فيشمل ذلك وغيره ؛ لكن تقدم ترجيح التسوية بين الرجوع بالمسمىٰ ومهر المثل .

قال شيخنا ابن النقيب : وحاصله يرجع إلىٰ أنه إنما يرجع إذا كان التغرير مقارناً ، والله أعلم[4] .

٣٦٨٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٠] : (**والولد حر**) أي : إن انعقد قبل العلم برقها كما صرح به « المنهاج »[5] ، وكذا قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن أتت بولد . . لزمه قيمته**) محمول علىٰ ما إذا كان حراً ؛ بأن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين العلم .

---

(١) انظر « الوسيط » (٥/١٦٨) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٤٣٠ ، ٤٣١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/١٤٩) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٠٠) .
(٥) المنهاج (ص ٣٩١) .

ويرد عليه وعلىٰ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**وعلى المغرور قيمته لسيدها**) : أنه قد يفهم إلزامه بدفع القيمة في الحال ، ومحله : في الحر ، أما العبد : فهي في ذمته إلى العتق في الأصح ، وقد صرح به « الحاوي »[1] .

٣٦٨٧ـ قولهما : (**ويرجع بها على الغار**)[2] محله : بعد الغرم ، كما صرح به «الحاوي»[3] .

٣٦٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**والتغرير بالحرية لا يتصور من سيدها ، بل من وكيله أو منها**) لأنه إذا قال : هي حرة . . عتقت .

قال ابن الرفعة : وهو يفهم أنه صريح في الإنشاء ، وفيه نظر إن لم يقصده به ؛ لأن هـٰذه صيغة وصف لا إنشاء ، وقد يكون الوصف صحيحاً إن سبقته الحرية ، وقد لا إن لم تسبقه . انتهىٰ .

وقال في « المهمات » : بل يتصور من السيد فيما لو كان اسمها حرة أو كانت مرهونة أو جانية وهو معسر ، فزوجها بإذن المرتهن وشرط حريتها ، أو أراد بالحرية العفة عن الزنا . . فإن ذلك صارف عن العتق ، فهـٰذه أربع صور . انتهىٰ .

وزاد في « التنقيح » خامسة ، وهي : لو كان مالكها سفيهاً وزوجها بإذن وليه ، وصوره الجيلي بقول السيد : هـٰذه أختي ، وفيه نظر ؛ فإنه لا يدل على الحرية .

وفهم من قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**لزمه قيمتة يوم الوضع**) : أنها لو وضعته ميتاً . . لم يلزمه شيء ؛ لأنه لا قيمة له ؛ ومحله : فيما إذا كان الوضع بغير جناية ، فإن كان بجناية . . لزم عاقلة الجاني غرة الجنين ، ويغرم المغرور عشر قيمة الأم للسيد ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٣٩١] : (**ولو انفصل الولد ميتاً بلا جناية . . فلا شيء فيه**) ، وأفصح به « الحاوي » فقال [ص ٤٧٠] : (**وبجنايةٍ . . عُشر قيمة الأم**) .

٣٦٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن تزوج عبد بأمة ثم أعتقت الأمة . . ثبت لها الخيار**) كذا يثبت لها الخيار إذا كان الزوج مبعضاً ، وتعبير « المنهاج » عن ذلك بقوله [ص ٣٩٢] : (**أو من فيه رق**) أحسن من تعبير « الحاوي » بقوله [ص ٤٧١] : (**تحت من مسه الرق**) فإنه لا يلزم من ذلك وجود رقه حين عتقها .

ويستثنىٰ من ذلك : ما لو أعتقها مريض قبل الدخول ، وهي ثلث ماله بالصداق . . فلا خيار لها ؛ لأنها لو فسخت . . سقط مهرها ، فيضيق الثلث عن الوفاء بها ، فلا تعتق كلها ؛ فلا يثبت الخيار ، وقد استثناه « الحاوي » فقال [ص ٤٧١] : (**لا عن مريض قبل الوطء وهي ثلث ماله**) .

---

(١) الحاوي (ص ٤٧٠) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٦٣) ، و« المنهاج » (ص ٣٩١) .
(٣) الحاوي (ص ٤٧٠) .

٣٦٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وفي وقته ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه على الفور**) هو **الأظهر** كما في «المنهاج»، وعليه مشى « الحاوي »[1] ، والمراد : الفور المفصل في الرد بالعيب والشفعة.

ويستثنىٰ : خيار الصبية والمجنونة ؛ فإنه يتأخر إلىٰ تكليفهما ، ولا يختار الولي شيئاً ، وقد ذكره « الحاوي »[2] .

٣٦٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**والثالث : أنه إلىٰ أن يطأها**) أي : باختيارها ، أو يصرح بما يبطله ، فإن وطئها مكرهة ؛ بأن أمسك فاها . . لم يبطل خيارها ، قال الصيدلاني : وليس الحكم مقصوراً على الوطء ؛ بل متىٰ وجد منها ما فيه دلالة الرضا ؛ بأن يباشرها أو ينقلها إلىٰ موضع أو يضاجعها وهي طائعة . . فذلك كله رضاً منها ، وكذا قال في « الذخائر » : أنه يكتفي بالتمكين من الوطء ، واختار السبكي هـٰذا القول .

٣٦٩٢ـ قول « الحاوي » : [ص ٤٧١] (**وجهل العتق عذرٌ**) محله : ما إذا لم يكذبها ظاهر الحال ؛ بأن تكون مقيمة مع سيدها في موضع واحد ولا غرض له في إخفاء ذلك ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**ومثله يجوز أن يخفىٰ عليها**) ، وهو أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**إن أمكن**) فإن الامكان موجود مع تكذيب ظاهر الحال .

٣٦٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن ادعت الجهل بالخيار . . ففيه قولان ، أحدهما : يقبل ، والثاني : لا يقبل**) **الأظهر** كما في « المنهاج » : القبول ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، وخص الماوردي الخلاف بمن يحتمل صدقها وكذبها ، أما من علم صدقها ؛ كالعجمية . . فقولها مقبول قطعاً ، ومن علم كذبها بمخالطة الفقهاء . . فقولها غير مقبول قطعاً[4] .

٣٦٩٤ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧١]: (**لا بالعيب**) أي : لا تعذر في الجهل بثبوت الخيار بالعيب ، وهـٰذا في عيب المبيع ، أما عيب أحد الزوجين . . **فالأصح** : إلحاقه بادعاء الجهل بثبوت الخيار بالعتق .

٣٦٩٥ـ قوله : (**وعلى الفور**)[5] أي : لا تعذر أيضاً في دعواها الجهل بكون خيار العتق على الفور مع علمها بثبوت أصل الخيار ، كذا ذكره الغزالي[6] ، وقال في « البسيط » : إنه مأخوذ من كلام الإمام .

---

(١) الحاوي (ص ٤٧١) ، المنهاج (ص ٣٩٢) .

(٢) الحاوي (ص ٤٧١) .

(٣) الحاوي (ص ٤٧١) ، المنهاج (ص ٣٩٢) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٢٧٧) .

(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٧١) .

(٦) انظر « الوجيز » (٢/ ٢٤) .

قال الرافعي : وقد يوجه بأن الغالب أن من علم أصل الخيار علم فوريته ، قال : ولم أر لغيره تعرضاً لهاذه الصورة .

نعم ؛ في « الرقم » للعبادي : إن كانت قديمة العهد بالإسلام وخالطت أهله . . لم تعذر ، وإلا . . فقولان[1] :

قال في « المهمات » : قد ذكرها في « الشامل » في (اللعان) ، وحكىٰ فيها قولين كجهل أصل الخيار ، ولم يفصل بين أن تكون قريبة العهد بالإسلام أم لا ، وفصل الرافعي في دعوى الجهل بخيار العيب بين قرب الإسلام أو الناشيء في بادية بعيدة ؛ فيقبل منه ، وإلا . . فلا[2] ، خلاف ما أطلق هنا ، وأجاب في دعوى الجهل بالفورية بالقبول مطلقاً عكس ما حكاه هنا عن الغزالي ؛ وعلله : بأنه يخفىٰ على العوام ، وفيه نظر ؛ لأن حكم العيب أشهر من حكم العتق ، وقد استدركه النووي في العيب ، وقال : شرطه أن يكون مثله ممن يخفىٰ عليه ، وكذلك الشفعة . انتهىٰ[3] .

وفي « التنبيه » في (لحاق النسب) [ص ١٩١] : (**وإن قال : لم أعلم بأن لي النفي ، أو لم أعلم أن النفي على الفور ؛ فإن كان قريب العهد بالإسلام . . قبل منه ، وإن كان يجالس العلماء . . لم يقبل ، وإن كان من العامة . . فقد قيل : يقبل ، وقيل : لا يقبل**) ، وذكر الرافعي مثله فيما إذا قال : لم أعلم أن لي النفي ، إلا أنه عبر بكونه فقيهاً ، واقتضىٰ كلامه ترجيح القبول في العوام ؛ فإنه شبهه بالعتق[4] ، ولم يذكر ما إذا قال : لم أعلم أن النفي على الفور ، وأقر النووي في « تصحيحه التنبيه » علىٰ ذلك ، وقال في « المهمات » : ينبغي طرد هاذا التفصيل فيما تقدم من النظائر .

٣٦٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣] : (**وإن أعتقت وهي في عدة من طلاق رجعي فلم تفسخ أو اختارت المقام معه . . لم يسقط خيارها**) ، قال في « الكفاية » : في ذكر المسألة الثانية غنية عن الأولىٰ ؛ ولذلك اقتصر عليها « الحاوي » فاستثنىٰ من المطلقة رجعياً الإجازة[5] .

٣٦٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٣ ، ١٦٤] : (**وإن أعتقت فلم تفسخ حتىٰ أعتق الزوج . . ففيه قولان ، أحدهما : يبطل خيارها ، والثاني : لا يبطل**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي »[6] ، لكن جعل الماوردي محله : إذا علمت بعتقها وأخرت الفسخ ، وقال : إن

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/١٦٠ ، ١٦١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٤/٢٥٣) .
(٣) انظر « الروضة » (٣/٤٧٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٤١٧) .
(٥) الحاوي (ص ٤٧١) .
(٦) الحاوي (ص ٤٧١) .

لم تعلم به . . فالخيار باق على الأقاويل كلها[1] .

٣٦٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٤] : (**وإن طلقها الزوج قبل أن تختار الفسخ . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه يقع ، والثاني : أنه موقوف) الأصح** : الأول ، وأطلق العراقيون الخلاف كما حكاه « الذخائر » ، وجعل المراوزة محله في الطلاق البائن ، وقالوا : إن الرجعي يقع قطعاً ، ويجري هـٰذا الخلاف في طلاق المعيب قبل فسخ الزوجة ، وقال الشيخ أبو حامد : لا خلاف في نفوذ طلاقه ، وتخصيص « التنبيه » ذلك بمسألة العتق يوافقه .

٣٦٩٩ـ قولهما : (**وإن فسخت بعد الدخول بعتق بعده . . وجب المسمىٰ**)[2] في « الروضة » وأصلها فيما لو فسخت بعد الدخول بعتق بعده : وجه أنه يجب مهر المثل[3] ، فلم لم يطرده هنا ؟ وأيّ فرق بين الصورتين ؟ ذكره في « المهمات » .

والظاهر : أن المجزوم به في العتق مفرع على المصحح في العيب .

فصل

[في إعفاف الأصل]

٣٧٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**يلزم الولد إعفاف الأب والأجداد على المشهور**) كذا في « الروضة »[4] ، ولو قال : (على النص) . . لكان أحسن ؛ فإنه منصوص ، ومقابله مخرج ، ومحله : في الحر كما صرح به « الحاوي »[5] فالرقيق لا يجب إعفافه .

٣٧٠١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**بأن يعطيه مهر حرة**) أي : ولو كتابية **على الأصح** ، ويستثنىٰ من كلامه : الحرة الشوهاء ؛ فلا يحصل الإعفاف بتهيئتها ، وقد صرح بها « الحاوي »[6] ، والعجوز في معناها ، فلو تزوج الأب في يساره بمهر في ذمته ثم أعسر قبل دخول وامتنعت الزوجة حتىٰ تقبض . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : يجب على الابن دفعه ؛ لحصول الإعفاف بذلك ، وإن كان إنما وجب على الأب لوجود مقتضى الإعفاف ، والصرف للموجودة أولىٰ من السعي في أخرىٰ ، قال : وعلىٰ هـٰذا لو تزوج في إعساره ولم يطالب الابن بالإعفاف ، ثم طالبه به . . فينبغي أن يلزم الابن القيام به لا سيما إذا جهلت الإعسار وأرادت الفسخ ، قال : وحيث تزوج بعلم الابن

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٣٦٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٦٤) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٢) .
(٣) فتح العزيز (٨/١٥٨) ، الروضة (٧/١٩٣) .
(٤) الروضة (٧/٢١٤) .
(٥) الحاوي (ص ٤٧٤) .
(٦) الحاوي (ص ٤٧٣) .

حالة وجوب الإعفاف . . فهل يصح ضمان الابن المهر ؟ يحتمل ألاَّ يصح ؛ للزومه له ، وأن يصح ؛ لأنه لا يتعلق بذمته ، حتىٰ لو أعسر . . ليس للمرأة أن تطالبه بالمهر ، ولم أقف علىٰ نقل فيه ، ويحتمل تعلقه بالولد ولو أعسر . انتهىٰ .

فلو لم يقدر الابن إلا علىٰ مهر أمة . . فهل يسقط وجوب الإعفاف أو يبذله الابن ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف علىٰ نقل في ذلك ، **والأقيس** : الثاني .

٣٧٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٧٣ ، ٤٧٤] : (**أو يُملكه أمة**) لا يخفىٰ أنه لا بد أن تحل له ؛ بألاَّ تكون موطوءة للابن ولا مجوسية .

٣٧٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**ثم عليه مؤنتهما**) كذا هو بخط المصنف بالتثنية ؛ أي : الأب ومن أعفه بها من زوجة أو أمة ، وفي بعض النسخ : (**مؤنتها**) بالإفراد ؛ يعني : التي أعفه بها ، وهو موافق لـ« المحرر »[1] وأحسن كما قال السبكي ؛ لأن مؤنة الأب تؤخذ من بابها ، قال في « التوشيح » : بل هو المتعين ؛ لأنه لا يلزم من إعفاف الأب وجوب نفقته ؛ لإمكان قدرته على النفقة دون النكاح ، وأيضاً فقوله : (**ثم عليه مؤنتهما**) يقتضي أن إيجاب مؤنته ناشىء عن إعفافه طارىء عليه ، وليس كذلك ؛ فإن وجوب نفقة الأب لا ارتباط له بذلك . انتهىٰ .

قلت : لا يتعين مع تثنية الضمير عوده على الأب والمعف بها ؛ فقد يعود على المنكوحة والأمة وإن كان الأحسن في مثل ذلك إفراد الضمير ، لكن وقع له في غير هـٰذا الموضع تثنيته ، وهو علىٰ حد قوله تعالىٰ : ﴿ إِن يَكُنۡ غَنِيًّا أَوۡ فَقِيرٗا فَٱللَّهُ أَوۡلَىٰ بِهِمَا ﴾ ، والمراد بالمؤنة : النفقة والكسوة ، قال البغوي : ولا يلزمه الأدم ولا نفقة الخادم ؛ لأن فقدهما لا يثبت الخيار[2] ، قال الرافعي : وقياس قولنا : إنه يتحمل ما لزم الأب . . وجوبهما ؛ لأنهما يلزمان الأب مع إعساره[3] .

٣٧٠٤ـ قوله : (**وإنما يجب إعفاف فاقد مهرٍ**)[4] أي : وعاجز عن تحصيله ، فإن قدر عليه بكسب . . قال الشيخ أبو علي : لا يلزم الابن ، وجزم به الرافعي في « الشرح الصغير » ، وقال في « الكبير » : ينبغي أن يكون فيه الخلاف في النفقة ، ولو قدر علىٰ ثمن سرية لا علىٰ مهر حرة . . قال الرافعي : فالوجه أنه لا يجب إعفافه[5] ، وتوافقه عبارة « الحاوي » حيث قال [ص ٤٧٣ ، ٤٧٤] : (**ويهيء مستمتعاً لأصل حر فقده**) فجعل المدار علىٰ فقد ما يتمكن به من الاستمتاع ، لا خصوص المهر .

---

(١) المحرر (ص ٣٠٦) .
(٢) انظر « التهذيب » (٦/٣٨٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/٧١) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٢) .
(٥) فتح العزيز (٨/١٩٠ ، ١٩١) .

٣٧٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**محتاج إلىٰ نكاح**) المراد بحاجته : أن يكون بحيث يخاف العنت أو يشق عليه الصبر كما صرح به « الحاوي »[(١)] .

قال الإمام : ويحتمل اشتراط خوف العنت كنكاح الأمة ، والأول : **أظهر**[(٢)] ، حكاه الرافعي[(٣)] ، وأسقطه في « الروضة »[(٤)] ، ويدخل في حاجة النكاح ما لو كان تحته صغيرة أو عجوز أو رتقاء ولم تندفع حاجته بها ، وقد صرح به « الحاوي » ، ولكن لا يلزم الابن إلا مؤنة واحدة ، وقد ذكر الرافعي والنووي أن هـٰذا هو القياس ، ولم ينقلاه[(٥)] ، وخرجه ابن الرفعة على الخلاف في أن من هـٰذا حاله . . هل ينكح الأمة ؟ فلو احتاج الأب إلى النكاح لا للتمتع بل للخدمة لمرض . . فقال ابن الرفعة : يجب على الولد إعفافه ، قال : ويشبه أن لا يجيء فيه الخلاف .

قال السبكي : وهو صحيح إذا تعينت الحاجة إليه ، لكنه لا يسمىٰ إعفافاً . انتهىٰ .

وقد تندرج هـٰذه الصورة في قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**محتاج إلىٰ نكاح**) ، ولا تندرج في تعبير « الحاوي » : خوف العنت ومشقة الصبر[(٦)] .

٣٧٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**ويصدق إذا ظهرت الحاجة بلا يمين**) كذا في « الروضة »[(٧)] ، وعبارة « المحرر » و« الشرحين » : (إذا أظهر الحاجة)[(٨)] وبينهما فرق ؛ فإن ظهورها لنا يتوقف علىٰ قرائن ، وإظهارها يكتفىٰ فيه بقوله وإن لم يترجح عندنا ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٧٤] : (**بقوله فقط**) .

٣٧٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٢] : (**ويحرم عليه وطء أمة ولده**) أحسن من تعبير « المحرر » بالابن[(٩)] ؛ لأنه لا يتناول البنت ، والولد متناول لهما ، والأمر في ذلك قريب ؛ لوضوحه .

٣٧٠٨ـ قوله : (**والمذهب : وجوب مهرٍ لا حد**)[(١٠)] سكت عن التعزير ، وصرح « الحاوي » بثبوته[(١١)] ، وقد يفهم من الاقتصار علىٰ نفي الحد ، ثم محل وجوب المهر : ما إذا تأخر الإنزال عن

---

(١) الحاوي (ص ٤٧٤) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٢٠٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٩١) .
(٤) الروضة (٧/ ٢١٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٩١) ، و« الروضة » (٧/ ٢١٦) .
(٦) الحاوي (ص ٤٧٤) .
(٧) الروضة (٧/ ٢١٦) .
(٨) المحرر (ص ٣٠٦) ، فتح العزيز (٨/ ١٩١) ولفظ « المحرر » : (ويصدق إذا ظهرت الحاجة) .
(٩) المحرر (ص ٣٠٧) .
(١٠) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٢) .
(١١) الحاوي (ص ٤٧٣) .

تغييب الحشفة كما هو المعهود غالباً ؛ فإن قارنه . . فقد اقترن موجب المهر بالعلوق ، قال الإمام : فينبغي أن يجعل المهر كقيمة الولد ، أي : **فلا يجب في الأصح** .

٣٧٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٣] : (**فإن كانت مستولدة للابن . . لم تصر مستولدة للأب ، وإلا . . فالأظهر : أنها تصير**) محل صيرورتها أم ولد للأب : إذا كان حراً ، فإن كان رقيقاً . . لم تصر أم ولد له ، وقد صرح به « الحاوي »[1] .

٣٧١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٣] : (**ونكاحها**) معطوف على (**وطء**) أي : يحرم وطء أمة ولده ونكاحها ، وهو أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**ويحرم على الرجل نكاح جارية ابنه**) لما بينا من أنه لا يتناول البنت ، والمراد : ولد النسب دون ولد الرضاع .

٣٧١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**وإن اشتراها ابنه . . فقد قيل : ينفسخ ، وقيل : لا ينفسخ**) **الأصح** : أنه لا ينفسخ ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٩٣] : (**فلو ملك زوجة والده الذي لا تحل له الأمة . . لم ينفسخ النكاح في الأصح**) وتعبيره بالملك أعم من تعبير « التنبيه » بالشراء ، والولد أعم من الابن كما تقدم ، وتقييد محل الخلاف بكونه لا تحل له الأمة ذكره الرافعي والنووي وابن الرفعة والسبكي .

وقال في « المهمات » : إنه تقييد لا فائدة له ، وقال في « التوشيح » : ويمكن أن يقال : له معنىٰ ، وهو تخصيص الخلاف بوالد لا تحل له الأمة ؛ ليخرج والداً تحل له الأمة ؛ فإن ملك الولد زوجته هـٰذه . . لا يوجب فسخ النكاح قطعاً ، ولا يطرقه هـٰذا الخلاف ؛ إذ لا معنىٰ لانفساخه ؛ فإنه يجوز له ابتداء نكاحها ، فما ظنك بدوامه ؛ فيستفاد منه مسألتان :

إحداهما : إذا كان الأب عبداً وتحته جارية فاشتراها ابنه . . فلا ينفسخ النكاح قطعاً .

الثانية : إذا كان الابن معسراً والأب ممن تحل له الأمة فاشترى ابنه زوجته . . لم ينفسخ قطعاً ، وقال شيخنا ابن النقيب : الذي ظهر لي علىٰ ما فهمته من تعليل الرافعي وتصريح غيره وإن كان فيه بعد عن عبارة المنهاج » : أن الأب إذا كان ممن تحل له الأمة . . لا ينفسخ جزماً ، ويكون المراد بالأمة التي تحل أو لا تحل : هـٰذه الأمة المشتراة التي هي زوجة الأب ، فالألف واللام فيه للعهد ؛ أي : إن كان الأب بحيث يجوز له ابتداء نكاحها ؛ بأن كان عبداً . . فإن للعبد نكاح أمة ولده ؛ لعدم وجوب إعفافه ، وحاصله : أن الخلاف الذي في « المنهاج » وغيره مفرع علىٰ أن الأب لا ينكح أمة ولده كما في « التنبيه » وغيره ممن جزم بأنه لا ينكحها[2] ، وتردد في الانفساخ إذا طرأ ملك الابن لها ؛ فإن قلنا : ينكحها وهو المحترز عنه . . لم ينفسخ نكاحها ؛ فمسألة « المنهاج » فرد من أفراد

---

(١) الحاوي (ص ٤٧٣) .

(٢) التنبيه (ص ١٦١) .

نكاح أمة الولد ، ونكاح أمة الولد أخص من نكاح مطلق الأمة ، وعبارة المتولي ، في « التتمة » صريحة فيما حملت عليه ؛ فإنه قال : إذا تزوج الأب بجارية فاشتراها ابنه ، وقلنا : إن الأب لا يتزوج بجارية ابنه . . هل يبطل النكاح ؟ فيه وجهان ، وأصرح منه عبارة « التهذيب » فإنه قال : إذا ملكَها ابنه ؛ فإن كان الأب رقيقاً . . لا ينفسخ النكاح وإن كان حراً ، وقلنا بظاهر المذهب : أنه لا يجوز أن ينكح جارية الابن . . ففي انفساخه وجهان ، **أصحهما** : لا ؛ لأن حكم الدوام أقوىٰ . انتهىٰ[1] .

فصل

[في نكاح الرقيق]

٣٧١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٣] و« الحاوي » [ص ٤٧٥] : (**السيد بإذنه في نكاح عبده لا يضمن مهراً ونفقة**) ، قال السبكي لو قالوا : (لا يضمن بإذنه في نكاح عبده) . . لكان أحسن ؛ لتسلط النفي على الضمان بالإذن ، فهو نفي لكون الإذن سببا للضمان ، وهو المقصود ، وتلك محتملة لهٰذا ، ومحتملة أيضاً لكون الإذن سبباً لنفي الضمان ، وليس بمقصود ، وقول « المنهاج » [ص ٣٩٣] : (**في الجديد**) يقتضي أن القديم أنه ضامن لهما ، وهو الذي **صححه** أبو الفرج الزاز ، قال : فيطالبان ، ويصح إبراء العبد فيبرأ به السيد ؛ لكن قطع البغوي بأنه على السيد ابتداءً ، فلا يطالب به سواه[2] ، ولو أبرأت العبد . . فهو لغو ، وأنكر الإمام الأول ؛ لأنه ضمان ما لم يجب ، فطريقه طريق تعلق العهدة كتعلقها بالسيد في بيع المأذون[3] ، واستحسنه الرافعي[4] ، فإن استدرك بأن **الأصح** : تعلق العهدة ، وهنا **المصحح الجديد** . . فرق بأن بيع المأذون لسيده ونكاحه لنفسه ، وضمان ما لم يجب صحيح في القديم .

٣٧١٣ـ قوله : (**وهما في كسبه بعد النكاح المعتاد والنادر . فإن كان مأذوناً له في تجارة . . ففيما بيده من ربح وكذا رأس مال في الأصح**)[5] فيه أمران :

أحدهما : قيد الكسب بكونه بعد النكاح ، ولم يقيد الربح بذلك ، فدل علىٰ تعلقه بالربح الحاصل قبل النكاح أيضاً ، وهو كذلك **على الأصح** ، ولا بد في الكسب أيضاً من كونه بعد الحلول

---

(١) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/١١٦ : ١١٨) ، وانظر « التهذيب » (٥/٣٣٢) .

(٢) انظر « التهذيب » (٥/٢٦٩ ، ٢٧٠) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٢/٦٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٠٤ ، ٢٠٥) .

(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٣) .

إن كان مؤجلاً ، فينظر في كسب كل يوم فيؤدىٰ منه النفقة ، فإن فضل شيء . . صرف إلى المهر ، وما فضل للسيد ، ولا يدخر للنفقة ، كذا رتب الرافعي تبعاً للإمام[1] ، وفي « الوسيط » : يكتسب للمهر أولاً ثم للنفقة[2] .

ثانيهما : ظاهر عبارته أنهما في الكسب مطلقاً وفي مال التجارة أيضاً إن كان مأذوناً له ، فلو كان مكتسباً مأذوناً . . تعلق بهما ، وهو الذي يقتضيه قول « الحاوي » في العبد المأذون [ص ٢٨٦] : (**ويؤدي من كسبه قبل الحجر ، ومال التجارة . . .**) إلىٰ أن قال : (**والمهر والنفقة**) ، قال السبكي : وهو ظاهر ؛ فإذا لم يكف من أحدهما . . كمل من الآخر ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**ومهر امرأته في كسبه إن كان مكتسباً ، وفيما في يده إن كان مأذوناً له في التجارة**) .

٣٧١٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له في التجارة . . ففي ذمته إلىٰ أن يعتق في أحد القولين أو يفسخ النكاح ، وفي ذمة السيد في الآخر**) **الأظهر** : الأول كما في « المنهاج »[3] ، وتردد الرافعي في أن هـٰذا الخلاف قولان أو وجهان[4] ، وذلك يقتضي أنهما غير القولين المتقدمين **الجديد والقديم** ، ويؤيده اختصاص هـٰذين القولين بما إذا لم يكن مكتسباً ولا مأذوناً له ، واطراد القولين الأولين .

٣٧١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٣] و« الحاوي » [ص ٤٧٥] : (**وله المسافرة به**) ، زاد « المنهاج » [ص ٣٩٣] : (**ويفوت الاستمتاع**) ولو عبر عنه بقوله : (ولو فات الاستمتاع) . . لكان أحسن ، وهـٰذا هو مراده ، ولا يلزم من سفره به فوات الاستمتاع ؛ فقد يستصحبها العبد معه ؛ فإن له ذلك والكراء في كسبه ؛ فإن لم تخرج معه . . فلا نفقة ، وإن لم يطالبها بالخروج معه . . فالنفقة بحالها .

٣٧١٦ـ قوله : (**وإذا لم يسافر . . لزمه تخليته ليلاً للاستمتاع**)[5] يأتي فيه ما سنذكره في قوله : (**وسلمها للزوج ليلاً**)[6] .

٣٧١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن تزوج بغير إذنه ووطيء . . ففي المهر ثلاثة أقوال ، أحدها : يجب حيث يجب المهر في النكاح الصحيح ، والثاني : أنه يتعلق بذمته ، والثالث : أنه يتعلق برقبته يباع فيها**) فيه أمران :

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٢/ ٦٥) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٢٠٢) .
(٢) الوسيط (٥/ ٢٠٢) .
(٣) المنهاج (ص ٣٩٣) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٠٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٣) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٣) .

أحدهما : أن صورة المسألة : أن يأذن له في النكاح مطلقاً ، فينكح فاسداً ، فإن لم يأذن له في النكاح أصلاً . . لم يجيء في المهر القول الأول ، قال ابن يونس : ولم يحك الأول في ذلك فيما بلغنا غير الشيخ ، إلا فيما إذا أذن له الولي في النكاح فنكح نكاحاً فاسداً ، قال صاحب « المطلب » : قد صرح به الماوردي وغيره .

ثانيهما : **الأظهر** : القول الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » [ص ٣٩٣] و« الحاوي » [ص ٤٧٥] فقالا : (**ولو نكح فاسداً ووطيء . . فمهر مثل في ذمته**) وهو يتناول صوراً : **منها** : ما لو نكح فاسداً بتصريح السيد بالإذن له في الفاسد ، وقد قال الرافعي في هٰذه الصورة : قياس هٰذه المسائل : تعلقه بالكسب أيضاً كما لو نكح بالإذن نكاحاً صحيحاً بمسمىٰ فاسد[1] .

٣٧١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٥] : (**ولا حدَّ**) لا يحتاج إلىٰ ذكره هنا لمعرفته من بابه للشبهة .

٣٧١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٣] و« الحاوي » [ص ٤٧٤] : (**وإذا زوج أمته . . استخدمها نهاراً**) ، قد يفهم تعين ذلك بنفسه ، وليس كذلك ، بل له إجارتها ، واستشكل في « المهمات » استخدامها : بأنه يحرم عليه النظر لها والخلوة بها ، قال : وسبق في (العارية) تحريم إعارة جارية للخدمة **على الأصح** ؛ لأنه مظنة الخلوة ، والمدرك في الموضعين واحد .

قلت : لا يلزم من استخدامها النظر والخلوة[2] .

ويجوز استئجار أمة غيره وحرة للخدمة ، ويحترز عن النظر والخلوة ، والله أعلم .

٣٧٢٠ـ قوله : (**وسلمها للزوج ليلاً**)[3] قد يفهم أنه من الغروب ، ونص الشافعي في رواية « البويطي » علىٰ أن وقته مضي الثلث الأول من الليل ، وقال ابن الصباغ : يسلمها إذا فرغت من الخدمة بحكم العادة ، ويوافقه قولهم في الإجارة فيما إذا استأجر رجلاً للخدمة : أنه يمكث عنده من الليل ما جرت به العادة ، واستحسن السبكي تحكيم العادة في ذلك ، وقال : ليحمل عليه الكلامان .

٣٧٢١ـ قوله : (**ولو أخلا في داره بيتاً وقال للزوج : « تخلو بها فيه » . . لم يلزمه في الأصح**)[4] تبع « المحرر » في حكاية الخلاف وجهين[5] ، وحكاه في « الروضة » و« الشرحين »

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٠٦) .

(٢) في (ج) : (**فائدة** : ذكر في « الروضة » في أول (كتاب النكاح) [٧/٢٣] : أنه يجوز النظر إلى الأمة المزوجة إلا ما بين السرة والركبة **على الأصح** ، فتأمل ذلك ؛ فإن هٰذه العبارة تدفع الاستشكال من أصله) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٣) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٣) .

(٥) المحرر (ص ٣٠٨) .

قولين[1] ، **وعلى الأصح** : لو كانت محترفة فقال الزوج : تحترف للسيد في بيتي ـ أي : وسلموها ليلاً ونهاراً ـ . فليس له ذلك **في الأصح** ، كذا فرعه في « الروضة » وأصلها **على الأصح** في مسألة « المنهاج »[2] ، ولم يفرعه في « الشرح الصغير » عليه ، بل جعلها مسألة مستقلة فيما يظهر من عبارته .

٣٧٢٢ـ قوله « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن قتلت نفسها . . فقد قيل : فيه قولان ، أحدهما : يسقط مهرها ، والثاني : لا يسقط ، وقيل : إن كانت حرة . . لم يسقط ، وإن كانت أمة . . سقط**) **الأشهر** كما ذكره الرافعي : طريقة القولين[3] ، ومع ذلك **فالأصح** في الأمة : السقوط ، وفي الحرة : عدم السقوط ، وعلىٰ ذلك مشى « الحاوي » [ص ٤٧٤] و« المنهاج » [ص ٣٩٤] فقال : (**والمذهب : أن السيد لو قتلها أو قتلت نفسها قبل دخول . . سقط مهرها ، وأن الحرة لو قتلت نفسها ، أو قتل الأمة أجنبي أو ماتت . . فلا**) وهٰذا مما يستشكل ؛ لأن التفصيل بين الحرة والأمة هو تقرير النصين بعينه ، فكيف يستقيم مع تصحيحه أن يكون الصحيح طريقة الترجيح ؟ فإن مقتضى الترجيح : أن يكون **الصحيح** : السقوط فيهما أو عدمه فيهما ؛ وذلك لأنه إن ظهر بين الصورتين فرق . . فلا وجه إلا التقرير ، وإن لم يظهر بينهما فرق . . فلا وجه إلا التخريج ، ويكون الراجح في الصورتين متحداً .

وصورة ما إذا قتلت الأمة نفسها من زيادة « المنهاج » على « المحرر » ، وهل يختص قتل السيد بالعمد أو يعم الخطأ حتىٰ وقوعها في بئر حفرها عدواناً ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أر من تعرض لذلك ، والظاهر من كلامهم أنه لا فرق .

٣٧٢٣ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٤] : (**كبوطء الأب أمته المزوجة من ابنه قبل الدخول**) حكاه الرافعي عن البغوي[4] ، وأن سقوط المهر في هٰذه الصورة مفرع علىٰ قولنا : إن قتل **السيد** أمته يسقط المهر ، وهو يفهم أن التفريع على القول الآخر يخالفه ، وليس كذلك ؛ لأن عدم السقوط إنما جاء في قتل السيد أمته ؛ لأنها فرقة حصلت بانتهاء العمر . . فقررت المهر ، وهٰذا المعنىٰ مفقود في هٰذه الصورة ، ونظيرها ما لو كان مالك الأمة امرأة وتزوجها ابن المالكة وهو عبد فأرضعت المالكة أمتها . . فإنه يسقط المهر ؛ لحصول الفرقة من مستحق المهر ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني .

٣٧٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٤] : (**ولو باع مزوجة . . فالمهر للبائع**) أي : وإن لم يدخل بها

---

(١) فتح العزيز (٨/ ١٩٤ ، ١٩٥) ، الروضة (٧/ ٢١٨) .

(٢) فتح العزيز (٨/ ١٩٥) ، الروضة (٧/ ٢١٨) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٩٦) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ١٩٧) .

إلا بعد البيع ، وهـٰذا في النكاح الصحيح ، أما الفاسد : فإن وطئت بعد البيع . . فمهر المثل للمشتري ، أو قبله . . فللبائع ، وقد ذكره « الحاوي »[1] .

٣٧٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٤] : (**ولو زوج أمته بعبده . . لم يجب مهرٌ**) ظاهره أنه لم يجب شيء أصلاً ، **وهو الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي »[2] ، وقيل : وجب ثم سقط ، وتقدم ذكر بقية المسائل التي لا مهر فيها ولا حد عند ذكر نكاح السفيه بلا إذن ، والله أعلم .

* * *

---

(١) الحاوي (ص ٤٧٥) .

(٢) الحاوي (ص ٤٥٨ ، ٤٥٩) .

كتاب الصداق

٣٧٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : (**المستحب : ألاَّ يعقد النكاح إلا بصداق**) فيه أمور :

أحدها : أنه يوهم استحباب صداق يثبت ويستقر ؛ فيرد عليه ما إذا زوج عبده بأمته ؛ فإنه لا سبيل إلى استقرار الصداق فيه ، ولا يرد ذلك علىٰ قول « المنهاج » [ص ٣٩٥] : (**يسن تسميته في العقد**) فإنه اقتصر علىٰ مجرد التسمية ، كذا قيل ، وفيه نظر ؛ فإنه لا يلزم من عقد النكاح به لزومه ، فهو في ذلك كـ« المنهاج » .

ثانيها : اقتصر « التنبيه » و« المنهاج » على استحبابه ، ولا يلزم من ذلك أن يكون تركه مكروهاً ، وذكر الماوردي والمتولي أنه يكره إخلاء النكاح منه(١) .

ثالثها : تناول كلامهما ما إذا زوج عبده بأمته ، **وهو الجديد** كما في « الروضة »(٢) ، وحكاه في « التتمة » و« المطلب » عن الأصحاب ، وذكر النشائي أنه كذلك في النسخ المعتمدة من الرافعي ، وأنه **الحق**(٣) .

قال في « التوشيح » : وهو منازع في المقامين ؛ أما الأول : فلأن الذي في نسخة والده الشيخ عز الدين النشائي وقد أحكم مقابلتها علىٰ عدة نسخ ، وهي أتقن النسخ : **أن الجديد** : عدم الاستحباب ، والنسخة التي اختصر منها النووي نسخة البادرائية ، وليست معتمدة ، قال : وهـٰذا ما ذكر الوالد رحمه الله أن الأكثرين نقلوه ، وقال : إن قول « الروضة » : (**الجديد** : الاستحباب) تبع فيه بعض النسخ الرافعي ، وليس بصحيح ، قال : وأما الثاني : فالذي يظهر من جهة الفقه أنا إن قلنا : لا يجب رأساً ـ **وهو الأرجح** ـ . فلا تستحب التسمية ، وذكره أخو الكذب ، وإن قلنا : يجب ثم يسقط . . ففيه احتمال ؛ لعدم الفائدة ، ودعوىٰ أن به يتميز عن السفاح لا ينهض حجة ؛ لأن التمييز حاصل بولي مرشد وشاهدي عدل وإيجاب وقبول . انتهىٰ .

وكذا قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : إن ذلك انعكس على النووي ، قال : وهو غلط لا شك فيه ؛ فإن الموجود لأئمة المذهب أن الاستحباب هو القديم ، صرح به ابن الصباغ والمتولي والروياني وابن الرفعة ، وحكىٰ في « التوشيح » : أنه نقل عن الشافعي أنه نص في « الإملاء » ، وهو من الجديد فيما يترجح على الاستحباب ، فيكون له في الجديد قولان ، وأن البيهقي في

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٣٩٣) .

(٢) الروضة (٧/ ١٠٢) .

(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤١) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٢١) وفيها : أن الجديد : أنه لا يستحب .

« المبسوط » أفهم كلامه في حكاية القديم وجوب التسمية ، فقال : وقال في **القديم** : وإذا زوج عبده أمته . . فلا يجوز إلا بشهود ومهر ، وإن كان هو يملك المهر للسُّنة في ذلك . انتهىٰ .

رابعها : أورد عليه شيخنا الإسنوي : أنه لا يكفي في الاستحباب مطلق الصداق ، بل يستحب ألاَّ ينقص عن عشرة دراهم .

وأجاب عنه النشائي : بأن تلك سنة أخرىٰ ، فلا ترد ، وإلا . . لورد مجاوزته خمس مئة درهم ، والمنقول خلافه[1] .

٣٧٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : (**وما جاز أن يكون ثمناً . . جاز أن يكون صداقاً**) و« الحاوي » [ص ٤٧٧] : (**الصداق كالثمن**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٩٥] : (**وما صح مبيعاً . . صح صداقاً**) لأن الصداق بالثمن أشبه ،وتعبير « المحرر » بقوله : (عوضاً في البيع) يتناولهما ، وقال الغزالي : كل عين مملوكة يصح بيعها أو منفعة متقومة تصح الإجارة عليها حتىٰ تعليم القرآن[2] ؛ فإن انتهىٰ في القلة إلىٰ حد لا يتمول . . فسدت التسمية ، وقد أورد عليهم جعل رقبة العبد صداقاً لزوجته الحرة ، وجعل أم الطفل صداقاً لزوجته ، وجعل أحد أبوي الصغيرة صداقاً لها ؛ فإن ذلك لا يصح مع صحة البيع في هـٰذه الصور ، أورده في « الكفاية » علىٰ قول « التنبيه » بعد ذلك [ص ١٦٦] : (**ويجوز أن يكون الصداق عيناً تباع**) .

وجوابه : أن هـٰذه الأشياء يصح جعلها صداقاً في الجملة ، وإن امتنع في هـٰذه الصور . . فلمانع آخر .

٣٧٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وديناً يسلم فيه**) أورد بعضهم الأثمان ؛ فإنه لا يصح السلم فيها علىٰ وجه مرجوح ، ويجوز جعلها صداقاً ، ولا يرد ؛ فإن الشيخ جزم بجواز السلم فيها .

٣٧٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٥] : (**وإذا أصدق عيناً فتلفت في يده . . ضمنها ضمان عقد ، وفي قول : ضمان يد فعلى الأول : ليس لها بيعه قبل قبضه**) أتىٰ بالضمير في قوله : (**بيعه**) وما بعده مذكراً فيعود على الصداق وإن لم يتقدم في كلامه إلا العين ، وأعاد عليها بالتأنيث في قوله : (**فتلفت**) ، وذلك جائز أن يفرض صورة ثم يفرع عليها ما هو أعم منها ؛ لكن يرد عليه أن الدين يصح الاعتياض عنه في **الأصح** ، ويشكل قوله : (**ولو تلف**) فإن الدين لا يمكن تلفه ؛ فلو أنث الجميع . . لكان أحسن ، وقد فرض « المنهاج » المسألة في العين ، وكذا في « الروضة » وأصلها[3] ، والقولان لا يختصان بها ، ولكن أكثر أثرهما في العين ، وهـٰذا هو الخلاف الذي في

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤١) .

(٢) انظر « الوسيط » (٥/ ٢١٥) .

(٣) فتح العزيز (٨/ ٢٣٤) ، الروضة (٧/ ٢٥٠) .

« التنبيه » في قوله [ص ١٦٦] : (**وإن هلك الصداق قبل القبض . . رجعت إلىٰ مهر المثل في أصح القولين ، وإلىٰ قيمة العين في القول الآخر**) فالرجوع إلىٰ مهر المثل هو ضمان العقد ، وإلى القيمة هو ضمان اليد ، والمراد : إذا كانت العين من ذوات القيم ؛ فإن كانت مثلية . . رجعت إلىٰ مثلها علىٰ قول ضمان اليد ، والمراد : هلاكه بنفسه ، أو بفعل الزوج ؛ فإن كان بفعل أجنبي . . تخيرت ، أو بفعلها . . فقابضةٌ ، وقد ذكره « المنهاج »[١] ، وقوله : (**وإن أتلفته . . فقابضةٌ**)[٢] ليس من تتمة تفريع ضمان العقد ، بل هو على القولين معاً ، ولم يقيدوا ذلك بأن تكون عالمة ، وقيدوه بذلك في إتلاف المشتري ، وحكوا في الجاهل خلافاً يظهر مجيئه هنا .

٣٧٣٠ـ قوله : (**وإن أتلفه أجنبي . . تخيرت على المذهب**)[٣] يقتضي أن في المسألة طريقين ، والمنقول في ذلك قولان كالبيع ، لكن الرافعي بحث طريقة قاطعة ، فقال : يجوز أن يقال : إنما تخيرت علىٰ قول ضمان العقد وليس لها علىٰ مقابله إلا طلب المثل أو القيمة ؛ كإتلاف الأجنبي المستعار في يد المستعير . انتهىٰ[٤] .

وذلك يقتضي القطع بعدم الخيار بناء علىٰ ضمان اليد ، وتبعه السبكي ، فقال : إنه متجه ؛ لكن منعه شيخنا الإمام البلقيني ، قال : فإن في ثبوت الخيار وإن قلنا بضمان اليد فائدةً ، وهو أنها تفسخ ليعود الصداق إلىٰ ملك الزوج ، حتىٰ لا يلزمها مؤنة تجهيزه لو كان عبداً وقد مات ، وإنما اجتمع الخيار مع ضمان اليد ؛ لأن الصداق علىٰ هـٰذا القول بمنزلة النِّحْلَة ، ثم قال : فإن قلت : فليس في العطية ضمان يد فكيف انتزع القول بضمان اليد منه ؟

قلت : هـٰذا سؤال صعب ، ويمكن أن يجاب عنه : بأن القياس : أن لا يضمن ما تلف في يده تفريعاً علىٰ شبه العطية كما لو تلف في يد الواهب ما وهبه ، لكن لما كان في مقابلة بضع . . فلا بد من قبضه ، فإذا تلف قبل القبض . . ضمنّا من هو في يده ، وهو الزوج حتىٰ لا يستولي علىٰ بضعها إلا بمقابل تستولي هي عليه ، ولا كذلك الهبة . انتهىٰ .

٣٧٣١ـ قوله : (**فإن فسخت الصداق . . أخذت من الزوج مهر مثل**)[٥] محله : مع التفريع علىٰ ضمان العقد ، أما علىٰ ضمان اليد : فتأخذ منه المثل أو القيمة ويرجع الزوج على المتلف .

٣٧٣٢ـ قوله : (**وإلا . . غَرَّمت المتلف**)[٦] يقتضي أنه ليس لها تغريم الزوج ، وهو كذلك علىٰ

---

(١) المنهاج (ص ٣٩٥) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٣٦) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .

ضمان العقد ؛ فأما على ضمان اليد . . فلها تغريمه وهو يرجع على المتلف .

٣٧٣٣ـ قوله : (**وإن أتلفه الزوج . . فكتلفه ، وقيل : كالأجنبي**)[١] ترجيح لطريقة الجزم بالانفساخ هنا ، وأحاله في « الروضة » وأصلها على إتلاف البائع هل هو كالآفة أو كإتلاف الأجنبي ؟ قالا : **والمذهب** : الأول[٢] ، وفي « الشرح الصغير » : أن الثاني **هو الأصح** ، **والمصحح** في «الروضة» في (البيع) : الانفساخ ؛ لكن من طريقة القولين ، وهٰذا اضطراب[٣] .

واعلم : أن تلفه بآفة بعد مطالبتها به وامتناعه من تسليمه بلا عذر كإتلافه .

٣٧٣٤ـ قوله : (**ولو أصدق عبدين فتلف أحدهما قبل قبضه . . انفسخ فيه لا في الباقي على المذهب**)[٤] لا يخفى أن محله : ما إذا كان بآفة سماوية ؛ فإن أتلفته . . فقابضة لقسطه ، أو أجنبي . . تخيرت .

٣٧٣٥ـ قوله : (**ولها الخيار ، فإن فسخت . . فمهر مثل**)[٥] تفريع **على الأظهر** ، وهو ضمان العقد ، أما على ضمان اليد . . فتأخذ قيمتهما .

٣٧٣٦ـ قوله : (**وإلا . . فحصة التالف منه**)[٦] أي : من مهر المثل ، وهو على ضمان العقد أيضاً ، ولها على ضمان اليد قيمة التالف .

٣٧٣٧ـ قوله : (**ولو تعيب قبل قبضه . . تخيرت على المذهب ، فإن فسخت . . فمهر مثل ، وإلا . . فلا شيء**)[٧] تفريع على ضمان العقد ، أما على ضمان اليد : فإن فسخت . . فلها قيمته ، وإلا . . فلها الأرش .

٣٧٣٨ـ قوله : (**والمنافع الفائتة في يد الزوج لا يضمنها وإن طلبت التسليم فامتنع على ضمان العقد**)[٨] يقتضي أنه يضمنها على ضمان اليد ، وكذا قال الرافعي : إن عليه أجرة المثل من وقت الامتناع[٩] ، وقال الغزالي : لا يضمنها على القولين إلا إذا قيل : إنها تضمن ضمان الغصب ؛ يعني : بالأقصى[١٠] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٢٣٦) ، الروضة (٧/ ٢٥١) .
(٣) الروضة (٣/ ٥٠٠) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٥ ، ٣٩٦) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٤١) .
(١٠) انظر « الوسيط » (٥/ ٢١٩) .

٣٧٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**ولها أن تمتنع من تسليم نفسها إلىٰ أن تقبض**) محله كما في « المنهاج » : في المهر المعين والدين الحال دون المؤجل[١] ، وكذا قال « الحاوي » [ص ٤٧٧] : (**إلىٰ تسليم غير المؤجل**) ومحله : في البالغة العاقلة ، ولولي الصغيرة والمجنونة مثل ذلك ، وقد ذكره « الحاوي »[٢] ، ويستثنىٰ من ذلك مسائل :

إحداها : لو كانت أمة وأوصىٰ لها سيدها بمهرها . . فلا حبس لها ؛ لأنها ملكته بالوصية لا علىٰ أنه مهر .

الثانية : لو زوج أم ولده فعتقت بموته . . فلا حبس أيضاً ؛ لأن الصداق ليس لها ، إنما هو للوارث .

الثالثة : لو باع أمته بعد تزويجها . . فالمهر له ، ولا حبس له ؛ لخروجها عن ملكه ، ولا للمشتري ؛ لأن المهر ليس له .

٣٧٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٦] : (**فلو حل قبل التسليم . . فلا حبس في الأصح**) تبع فيه « المحرر »[٣] ، وحكاه في « الكبير » عن الشيخ أبي حامد وأصحابه وصاحبي « التهذيب » و« التتمة » وأكثر الأئمة[٤] ، لكن **صحح** في « الشرح الصغير » مقابله ، **وصوبه** في « المهمات » ، وقول « الحاوي » [ص ٤٧٧] : (**إلىٰ تسليم غير المؤجل**) يوافق الأول ؛ لدلالته علىٰ أن المؤجل لا حبس فيه ، وقد يقال : إنه يوافق الثاني ؛ لأنه بعد الحلول غير مؤجل ، ونظير المسألة : ما إذا باع بثمن مؤجل وحل قبل التسليم ، **والأصح** باتفاق الرافعي في كتبه كلها والنووي : أنه لا حبس له ، وما لو اشترىٰ سلعة بثمن مؤجل وأفلس ولم يتفق للحاكم بيعها حتىٰ حل الأجل . . ففي جواز الفسخ الآن وجهان ، قال في « الروضة » : **أصحهما** : الجواز ، قاله في « الوجيز »[٥] .

٣٧٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٦] : (**ولو قال كلٌّ : « لا أسلم حتىٰ تسلم » . . ففي قول : يجبر هو**) محله : ما إذا كانت متهيئة للاستمتاع لا كَمُحْرِمَة ومريضة ، وسيأتي الكلام في الصغيرة ، ومنهم من نفىٰ هٰذا القول ؛ ولهٰذا لم يحكه في « التنبيه » .

قال ابن الرفعة : وهو صحيح لا يتجه غيره إذا كان الصداق عيناً وقلنا : إنه مضمون ضمان عقد كما إذا كان الثمن عيناً ، أما إذا قلنا بضمان اليد ، أو كان ديناً . . اتجه جريانه . انتهىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٣٩٦) .
(٢) الحاوي (ص ٤٧٧) .
(٣) المحرر (ص ٣١٠) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٢٤٤) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٥٢٠) .
(٥) الروضة (٤/ ١٢٩) .

ولا يجيء هنا قول بإجبار المرأة علىٰ وزان إجبار البائع هناك ؛ لفوات البضع بالتسليم ، فلا يمكن استدراكه .

٣٧٤٢ـ قول « التنبيه » تفريعاً علىٰ قول عدم الإجبار [ص ١٦٦] : (**فإن تمانعا . . لم تجب نفقتها**) كان ينبغي أن يقول : (فإن منعته) لأن سقوط النفقة مرتب علىٰ منعها فقط ؛ فلا وجه لترتيبه علىٰ تمانعهما .

٣٧٤٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**والأظهر : يجبران ، فيؤمر بوضعه عند عدل ، وتؤمر بالتمكين ، فإذا سلمت . . أعطاها العدل**)[١] استشكله ابن الرفعة : بأن العدل إن كان نائباً عنها في القبض . . فقد آل الأمر إلىٰ إجبار الزوج ، وهو القول الأول ، وإن لم يكن نائباً عنها . . فقد أجبرت أولاً ، وقد تقدم نفي هـٰذا القول ، قال : ويمكن أن يجاب : بأنه نائبها ، وبه صرح الجيلي ، لكنه ممنوع من التسليم إليها وهي ممنوعة من التصرف فيه قبل تمكينه ، بخلاف القول الأول ؛ فإنها تتصرف فيه بمجرد قبضه ، وقال ابن الرفعة أيضاً : إن القول بإجبار الزوج موافق لقولهم : لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتىٰ تقبض ، ويخالفه القولان الآخران ؛ أما مخالفة القول بإجبارهما له . . فظاهر ، وأما مخالفته عدم الإجبار . . فلأن مقتضى الكلام الأول : أن امتناعها يكون بحق ، فتستحق النفقة ، ومقتضى الثاني : أنه بغير حق ، فلا نفقة ، قال : والجمع بينهما متعذر .

قال شيخنا ابن النقيب : وكأن هـٰذا جنوح إلىٰ ما توهمته طائفة في البيع أن الخلاف في الابتداء بالتسليم خلاف في ثبوت حق الحبس ، وتقدم أن الأكثرين علىٰ خلافه ؛ فتأمله[٢] .

٣٧٤٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**فإن تبرعت وسلمت نفسها حتىٰ وطئها . . سقط حقها من الامتناع**)[٣] خرج به ما إذا وطئها مكرهة . . فلها بعد ذلك الامتناع **في الأصح** ، قال في « الروضة » وأصلها : ويجري الوجهان فيما لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول[٤] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا ينبغي أن يأتي هـٰذا التصحيح في الصغيرة والمجنونة إذا سلم الولي بالمصلحة ؛ فإن تسليمه كتسليمها ، وحينئذ . . **فالأصح** : أنه ليس لها الامتناع إذا زال النقص بعد الوطء ؛ كما لو عفى الولي عن الشفعة ثم زال الحجر . . ليس له الأخذ على **الأصح** .

٣٧٤٥ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٧] : (**ومن بادر . . أجبر الآخر ، وإن امتنع . . رجع لا هي بعد**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٦٦) ، و« الحاوي » (ص ٤٧٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٦) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٤٠) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٦٦) ، و« الحاوي » (ص ٤٧٧) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٦) .

(٤) فتح العزيز (٨/ ٢٤٦) ، الروضة (٧/ ٢٦٠) .

الوطء) يتناول ما إذا بادر الزوج فسلم المهر فامتنعت من التمكين ، وإنما يرجع فيه تفريعاً علىٰ أنه يجبر علىٰ ذلك كما صرح به « المنهاج »[1] ، أما إذا قلنا : لا يجبر . . فلا يرجع **على الأصح** ؛ لأنه متبرع بدفعه كمعجل الدين المؤجل ، وقد يفهم من عبارة « الحاوي » أنه ليس للصغيرة والمجنونة بعد الوطء بتسليم الولي الامتناع بعد زوال النقص ، وهو الذي بحثه شيخنا كما تقدم قريباً .

٣٧٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٦] : (**ولا تسلم صغيرة**) أي : لا تطيق الوطء ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٧٧] : (**وتمهل لتطيق**) ، وقد يفهم ذلك من قول « المنهاج » بعده [ص ٣٩٦] : (**ولا مريضة حتىٰ يزول مانع الوطء**) فإنه راجع إليهما ؛ فدل علىٰ أن المراد : صغر يمنع الوطء ، وفي معنى المريضة : الهزيلة التي تتضرر بالوطء ، فلو قال : سلموها لي ولا أقربها . . قال الغزالي : لا يجاب[2] ، وقال البغوي : يجاب في المريضة دون الطفلة[3] .

٣٧٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**ويستقر بالموت أو الدخول**) أوضحه « المنهاج » بقوله [ص ٣٩٦] : (**ويستقر المهر بوطء وإن حرم كحائض**) وكذا قال « الحاوي » [ص ٤٧٧] : (**بالوطء وإن حرم**) ودخل في عبارتهما الوطء في الدبر ، وخرج بها المباشرة فيما دون الفرج ، **وهو الأصح فيهما** .

وأورد في « المهمات » على الأصحاب : أنهم اكتفوا في الاستقرار بالوطء ولا بد معه من قبض العين ؛ لأن **المشهور** : أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالمبيع كما قالوا : إن المبيع قبل القبض غير مستقر ، وإن كان الثمن قد قبض . . فكذلك الصداق .

قلت : المراد بالاستقرار هنا : الأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطر ، وفي البيع : الأمن من الانفساخ ؛ فالمبيع إذا تلف قبل القبض . . انفسخ البيع ، والصداق المعين إذا تلف قبل القبض . . لم يسقط المهر بل يجب بدل البضع ، وهو مهر المثل علىٰ ضمان العقد ، وبدل المعين علىٰ ضمان اليد ؛ فافترق البابان ، والله أعلم .

٣٧٤٨ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**لا بخلوة في الجديد**)[4] يفهم أن مقابله : تقررها بمجرد الخلوة ، **وهو الأصح** تفريعاً عليه ، وقيل : أثر الخلوة تصديقها إذا ادعت الوطء ، ويشترط خلوها من مانع حسي ؛ كجب ورتق ، وعادي ؛ كحضور ثالث ، وفي الشرعي ؛ كالحيض

---

(١) المنهاج (ص ٣٩٦) .

(٢) انظر « الوسيط » (٥/٢٢٥) .

(٣) انظر « التهذيب » (٥/٥٢١) ، وفي (ج) : (وفي « الوسيط » (٥/٢٢٥) : المنع فيهما ؛ لأنه ربما وطىء فيصير زانٍ ، وهـٰذا موافق لإطلاق الكتاب) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٦) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٦) .

والإحرام ونهار رمضان وجهان ، جزم المتولي وغيره بالتقرير ، وحكى الغزالي مقابله عن المحققين[1] .

فصل

[في مهر المثل]

٣٧٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٦] : (**نكحها بخمر أو حر أو مغصوب . . وجب مهر مثل ، وفي قول : قيمته**) فيه أمور :

أحدها : تبع « المحرر » في طرد القولين في الخمر[2] ، لكن حكىٰ في ذلك في « الروضة » و« الشرحين » طريقين من غير ترجيح[3] ، الثانية قاطعة بمهر المثل ؛ لعدم القيمة ، وتقديرها بتغيير الصفة والخلقة بعيد ؛ فهو كالمجهول ، بخلاف الرق المقدر في الحر ؛ فإنه شيء حكمي .

ثانيها : قال الشيخ أبو حامد وجماعة : القولان فيما إذا قال : أصدقتك هـٰذا العصير أو العبد جاهلاً أو عالماً ، أو قال : أصدقتك هـٰذا ، أما إذا قال : هـٰذا الخمر أو الحر . . فالعبارة فاسدة ؛ فيجب مهر المثل قطعاً ، وصحح هـٰذه الطريقة في « الروضة » في (الخلع)[4] ، وقد يفهم من قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**أو كان عبداً فخرج حراً**) فإنه يشعر بأن محل الخلاف : إذا لم يصرح بالحرية في نفس العقد ، ويوافقه قوله بعد ذلك : (**وإن تزوجها علىٰ مهر فاسد . . وجب لها مهر المثل**)[5] لكن أشار في « الكفاية » إلىٰ أنه هنا جرىٰ على القولين مطلقاً ، وأنه مخالفٌ لما ذكره بعد ذلك ، وهـٰذا الإشعار الذي ذكرته بتصوير المسألة واضح ، والله أعلم .

ثالثها : لو عبر بدل القيمة بـ (البدل) . . لكان أولىٰ ؛ فإن الخمر يقدر عصيراً ويجب مثله ، وتقدم في نكاح المشرك وجه أنها تقدر خلاً ، ولم يذكروا التقدير بالعصير هناك ، قال الرافعي : **والوجه** : التسوية ، وهناك وجه باعتبار قيمتها عند من يراه ؛ فلا يبْعد مجيئه هنا[6] ، وهـٰذا يرد على « التنبيه » أيضاً ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٧٨] : (**ويوجب فساده بألاَّ يملك ؛ كحر وخمر ومغصوب**) إلىٰ أن قال : (**مهر المثل**) ، فذكر المغصوب في أمثلة ما لا يملك ، والمراد : أنه

---

(١) انظر « الوسيط » (٥/٢٢٦) .
(٢) المحرر (ص ٣١٠ ، ٣١١) .
(٣) فتح العزيز (٨/٢٥١) ، الروضة (٧/٢٦٤) .
(٤) الروضة (٧/٣٩٠) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٥٢) .

لا يملك للعاقد ، وإلا . . فهو مملوك في نفسه ، وتبع في ذلك الغزالي[(١)] ، وقد اعترضه الرافعي ، وقال : وكأن المراد : ألاَّ يقبل تمليك هـٰذا الشخص[(٢)] .

٣٧٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٧] : (**ولو قال : « زوجتك بنتي وبعتك ثوبها بهـٰذا العبد » . . صح النكاح ، وكذا المهر والبيع في الأظهر**) هـٰذه مكررة تقدمت في (البيع) ، والمستفاد هنا تصويرها ، وعبارته تقتضي الجزم بصحة النكاح ، وهو مفرع على المذهب : أنه لا يفسد بفساد الصداق ؛ فإن قلنا بمقابله . . بطل أيضاً ، وصورة المسألة : أن يكون ولي مال ابنته أو وكيلاً عنها .

٣٧٥٠/ ١ـ قوله : (**ولو نكح بألف علىٰ أن لأبيها ـ أو أن يعطيه ـ ألفاً**)[(٣)] هو بالياء المثناة من تحت ؛ فأما إذا قرئ بالتاء ثالثة الحروف . . فهو وعد منها لأبيها ، وقد أزال هـٰذا الاشتباه قول « الحاوي » [ص ٤٧٨] : (**أو أعطيه**) بالهمز .

٣٧٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٧] : (**وسائر الشروط إن وافق مقتضى النكاح أو لم يتعلق به غرض . . لغا**) لا يفهم من لغوه فيما إذا وافق مقتضى النكاح البطلان ؛ فإنه مؤكد لمقتضى العقد ، وإنما المراد : أنه لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق ، وقد أوضح ذلك بقوله عقبه : (**وصح النكاح والمهر**)[(٤)] ، وهـٰذه قاعدة مطردة في سائر الأبواب ، إلا أن ابن الرفعة استثنىٰ منها : شرط الصلاة لوقتها في الإجارة المقدرة بزمن ، قال : ففي الصحة خلاف لا يأتي هنا ؛ لأنه ثم مناف لمقتضى العقد ، وهو الاتصال ، وبحث معه السبكي فيه .

٣٧٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٧] : (**ولو أخل ؛ كألا يطأ أو يطلق . . بطل النكاح**) فيه أمور :

أحدها : ما ذكره من البطلان في شرط ترك الوطء تبع فيه « المحرر »[(٥)] ، وفي « الشرح الصغير » : إنه الأشبه ، وكذا في « التنبيه » ، وهو فيه في (باب ما يحرم من النكاح) ، وعبارته : (**وإن تزوج وشرط عليه ألاَّ يطأها . . بطل العقد**)[(٦)] ، وقيل : إن قوله : (**عليه**) أي : فيه ، والضمير عائد على العقد ؛ كما قيل في قوله تعالىٰ : ﴿ وَٱتَّبَعُواْ مَا تَتْلُواْ ٱلشَّيَـٰطِينُ عَلَىٰ مُلْكِ سُلَيْمَـٰنَ ﴾ أي : في ملكه ؛ لكن **صحح** في « الروضة » وأصلها و« تصحيح التنبيه » : البطلان فيما إذا شرطت ذلك الزوجة ، والصحة فيما إذا شرطه الزوج ؛ لأنه حقه ؛ فله تركه ، والتمكين عليها[(٧)] ، وعليه مشى

---

(١) انظر « الوسيط » (٥/ ٢٢٨ ، ٢٢٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٥٢) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٧) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٧) .
(٥) المحرر (ص ٣١١) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٦١) .
(٧) فتح العزيز (٨/ ٢٥٤) ، الروضة (٧/ ١٢٧) ، تصحيح التنبيه (٢/ ٢٣) .

« الحاوي » فقال [ص ٤٧٩] : (**وشرطها : ألاَّ يطأ**) ، وحكاه « التنبيه » بعد ذلك وجهاً فقال [ص ١٦١] : (**وقيل : إن شرط ترك الوطء أهل الزوجة . . بطل العقد**) ، ومراده بأهلها : وليها العاقد ؛ فإن الشرط إنما يؤثر إذا وجد في صلب العقد من العاقد فلذلك عدل عن الزوجة إلىٰ وليها العاقد ، وكان ينبغي له تقديم هـٰذا القول ، وذكره عقب تلك المسألة .

قال ابن يونس : وتأخيره سهو من الناسخ ، ثم قال الرافعي : ولك أن تقول : إذا شرط أحدهما شرطاً ؛ فإن لم يساعده صاحبه . . لم يتم العقد ، وإن ساعده . . فالزوج بالمساعدة تارك لحقه ، فهلا كانت مساعدته كشرطه ، وهي بالمساعدة مانعة حقه ؛ فهلا كانت مساعدتها كشرطها[1] .

قال السبكي : وهـٰذا ضعيف ؛ لأن الاشتراط إلزام والمساعدة التزام ، والشرط على الملتزم للملزم ولا ينعكس .

وقال شيخنا ابن النقيب : هـٰذا إن ظهر فيما إذا شرطت هي ، فلا يظهر فيما إذا شرط هو ؛ لأن شرطه التزام لا إلزام ؛ فإذا شرطت وساعدها . . فليؤثر في عدم البطلان ؛ فإن المؤثر فيه من طرفه التزام ترك حقه ، وحاصله : أن الشارط إنما يكون ملزماً إذا كان الحق له ، أما إذا كان عليه . . فهو ملتزم ، وكذا المساعد إنما يكون ملتزماً إذا كان الحق عليه ؛ أما إذا كان له . . فهو ملزم[2] .

ثانيها : عن « فتاوى البغوي » في المأيوس من احتمالها الجماع : أنه لو شرط في العقد ألاَّ يطأها . . لم يبطل العقد ؛ لأنه من قضيته ، وكذا لو لم تحتمله في الحال فشرط أن لا يطأ إلى الاحتمال ، وهـٰذا إن صح وارد علىٰ إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » أيضاً ، وفقهه واضح .

ثالثها : مسألة ما إذا شرط أن يطلق تقدم فيها في « المنهاج » و« التنبيه » أيضاً عند التحليل قولان ، وقد يحمل المذكور هنا علىٰ ما إذا شرط التطليق من غير وطء . . فيصير كشرط عدم الوطء ، وفيه بعد ؛ فإن الرافعي قال : وإن شرط أن يطلقها أو ألاَّ يطأها . . فقد مر في التحليل[3] ، والذي مر هو شرط التطليق إذا وطئها ، والظاهر أنه لا فرق بينهما ؛ ولهـٰذا أطلق « الحاوي » أنه يفسد بشرط الطلاق .

٣٧٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٧٨] : (**ولو نكح نسوة بمهر . . فالأظهر : فساد المهر ، ولكل مهر مثل**) ، لو عبرا بامرأتين فأكثر . . لكان أحسن ، ويستثنىٰ من ذلك : ما لو زوج أمتيه بعبد بمهر واحد ؛ فإنه يصح الصداق جزماً ؛ لاتحاد المستحق ، وقد يؤخذ ذلك من قول « المنهاج » [ص ٣٩٧] : (**ولكل مهر مثل**) لأن المهر في نكاح

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٣) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٥٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٥٤) .

الأمة للسيد لكنه لم يمتنع مع استحقاق السيد أن يقال : وجب للأمة المهر لو لم يكن إلا أنها سبب فيه .

٣٧٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٧] : (**ولو نكح لطفل بفوق مهر مثل ، أو أنكح ثيباً لا رشيدة ، أو رشيدة بكراً بلا إذن بدونه . . فسد المسمىٰ ، والأظهر : صحة النكاح بمهر المثل**) فيه أمور :

أحدها : في معنى الطفل : المجنون ، وذلك يرد أيضاً علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٦٥] : (**ولا ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل**) ولذلك أطلق « الحاوي » قوله [ص ٤٧٨] : (**ولابنه بأكثر**) ولا يرد عليه الكبير العاقل ؛ لما علم من أنه لا يزوجه إلا بإذنه .

ثانيها : محل ذلك : ما إذا كان من مال الابن ، فإن كان من مال الأب . . ففيه احتمالان للإمام[١] ، أورد الغزالي والبغوي الصحة[٢] ، وتبعهما « الحاوي » فقال [ص ٤٧٨] : (**لا من ماله**) ، ورجح المتولي وغيره البطلان كما لو أصدق عنه أمة .

ثالثها : مقتضىٰ كلامه في مسألة الطفل : فساد جميع المسمىٰ ، وكذا في « الحاوي »[٣] ، لكن في « التنبيه » وجب مهر المثل ، وبطلت الزيادة[٤] ، وأقره في « التصحيح » ، وقد تقدم ما في ذلك في نكاح السفيه .

رابعها : يتبادر إلى الفهم في قوله : (**أو أنكح ثيباً**)[٥] أنه بالثاء المثلثة من الثيوبة ؛ لذكره البكر في مقابلتها ؛ لكن نقل عن نسخة المصنف أنه ضبطه بالباء الموحدة ثم النون ثم التاء المثناة من فوق ، وعبر عنه « المحرر » بقوله : (ابنته الصغيرة أو المجنونة)[٦] فعدل عنه « المنهاج » إلىٰ قوله [ص ٣٩٧] : (**لا رشيدة**) ، وهو أعم ؛ لشموله البالغة العاقلة غير الرشيدة ؛ فإن إذنها بدون مهر المثل غير معتبر ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٦٥] : (**ولا يزوج ابنته الصغيرة بأقل من مهر المثل**) فاقتصر على الصغيرة ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٧٨] : (**ويعقد دون مهر المثل**) وفيها اتساع ؛ لتناولها العقد للرشيدة بإذنها ؛ لكنه إنما أراد غير الرشيدة ، أو الرشيدة المجبرة بغير إذنها كما فصله « المنهاج »[٧] وكأنه أهمل ذلك لوضوحه .

٣٧٥٥ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٩] : (**والواجب مهر العلانية**) محله : ما إذا عقد به العقد ولم

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٩٠) .
(٢) انظر « الوسيط » (٥/ ٢٣٤) ، و« التهذيب » (٥/ ٥٠٤) .
(٣) الحاوي (ص ٤٧٨) .
(٤) التنبيه (ص ١٦٦) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٧) .
(٦) المحرر (ص ٣١١) .
(٧) المنهاج (ص ٣٩٧) .

يقع في السر إلا مجرد توافق ، فأما إذا عقد سراً ثم أظهر في العلانية أكثر منه . . فالواجب مهر السر ؛ ولذلك أطلق « التنبيه » و« المنهاج » : أن الواجب ما عقد به العقد[1] .

٣٧٥٦ـ قول « الحاوي » في مفسدات النكاح [ص ٤٧٩] : (**ودون المأمور ومهر المثل إن أطلق**) تبع فيه « المحرر » فإنه جزم به في الأولىٰ ، **وصححه** في الثانية[2] ، واستدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٣٩٨] : (**الأظهر : صحة النكاح في الصورتين بمهر المثل**) ، ولم يصحح في « الروضة » في الأولىٰ ـ وهي النقص عن المأمور ـ شيئاً ، وإنما ذكر من زيادته : أن البطلان طريق الخراسانيين ، والصحة طريق العراقيين ، **وصحح** في الثانية ـ وهي النقص عن مهر المثل عند الإطلاق في « أصل الروضة » ـ الصحة ، وكلام الرافعي يدل عليه ؛ فإنه قال : فيه قولان كما سبق ؛ يعني : في مسألة صحح فيها الصحة[3] .

٣٧٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦١] : (**ولا يصح نكاح العبد علىٰ أن تكون رقبته صداقاً للمرأة**) محله : في الحرة ؛ فيصح في الأمة إذ لا تضاد ، وصرح به « الحاوي » فقال [ص ٤٧٩] : (**وللعبد الحرة برقبته**) وقد يفهم ذلك من قول « التنبيه » : (**للمرأة**) فإن الصداق في هـٰذه الصورة للسيد ، لكنه يصح إضافته إليها كما تقدم قريباً ، والله أعلم .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يظهر من جهة التحقيق في الصورة الأولىٰ صحة النكاح والصداق ، ثم ينفسخ النكاح كما في قوله : إن بعتك . . فأنت حر جزماً ، وكما في : إن راجعتك . . فأنت طالق **على الأصح** ، وفائدته في التعليقات ونحوها ، وأن المرأة تستحق نصف رقبته علىٰ وجه ، بناء علىٰ أنها إذا اشترت زوجها . . يتشطر الصداق ، قال : ويشهد له ما قاله الشيخ أبو علي فيما إذا اشترت الحرة زوجها بالصداق قبل الدخول . . أنه يصح البيع ثم ينفسخ النكاح ، وإن كان النص والجمهور علىٰ خلافه .

٣٧٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٧] : (**وإن أعتق أمته بشرط أن يتزوجها ويكون عتقها صداقها . . عتقت**) شرطه : أن تقبل هـٰذا الشرط على الاتصال .

٣٧٥٩ـ قوله : (**فإن تزوجته . . استحقت مهر المثل**)[4] صورته : أن تتزوجه علىٰ ذلك ؛ أي أن الصداق هو العتق ؛ فإن تزوجته على القيمة التي وجبت له عليها وعرفا قدرها وجنسها . . صح المسمىٰ .

---

(١) التنبيه (ص ١٦٦) ، المنهاج (ص ٣٩٧) .

(٢) المحرر (ص ٣١٢) .

(٣) فتح العزيز (٨/ ٢٧١) ، الروضة (٧/ ٢٧٦) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) .



[في التفويض]

٣٧٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٧] : (**وإن فوضت المرأة بضعها من غير بدل . . لم يجب لها المهر بالعقد**) فيه أمران :

أحدهما : أن محله : في الرشيدة الحرة ، فلا يصح تفويض غير الرشيدة سواء أكانت سفيهة أو صبية مميزة ، فإذا أذنت السفيهة لذلك . . استفاد به الولي الإذن في العقد ، ولغا التفويض ، وذلك يرد أيضاً على « الحاوي » فإنه لم يقيده بالرشيدة[١] ، وقيده به « المنهاج » .

وأما الأمة : فأمرها في التفويض متعلق بالسيد ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٣٩٨] : (**وكذا لو قال سيد أمة : « زوجتكها بلا مهر »**) وهو يفهم أنه لو سكت عن المهر . . لم يكن تفويضاً ، وليس كذلك ، بل هو تفويض أيضاً ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٧٩] : (**وإن زوج السيد بلا مهر ، أو سكت عنه**) .

ثانيهما : أنه لا بد في عدم وجوب المهر مع تفويض الرشيدة أن يزوج الولي وينفي المهر ، أو يسكت عنه كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٢] ، وكذا لو زوج بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد كما ذكره « الحاوي »[٣] ، أما لو سمىٰ لها الولي قدر مهر المثل من نقد البلد . . صح بالمسمىٰ ، وقد أورد ذلك شيخنا ابن النقيب علىٰ قول « المنهاج » [ص ٣٩٨] : (**وإذا جرىٰ تفويض صحيح . . فالأظهر : أنه لا يجب شيء بنفس العقد**) ولا يرد لقوله أول الفصل : (**قالت رشيدة : « زوجني بلا مهر » ، فزوج ونفى المهر أو سكت . . فهو تفويض صحيح**)[٤] فاعتبر في حقيقة التفويض أن ينفي الولي المهر أو يسكت عنه ، وقال ابن النقيب في قوله : (**فهو تفويض صحيح**) : هـٰذا ظاهر إذا سميناها مفوَّضة ـ بفتح الواو ـ أي : فوض الولي أمرها ، أي : أهمله ، أما إذا قيل : مفوِّضة ـ بكسر الواو ـ . . فهو حاصل بقولها قبل أن يزوجها كذلك[٥] .

قلت : القصد بيان التفويض الشرعي دون اللغوي ، فلا يرد ذلك علىٰ كل حال .

واعلم : أن ظاهر عبارة « التنبيه » أنه يعتبر في التفويض نفي المرأة المهر ، وبه صرح « المنهاج » و« الحاوي »[٦] ، فلو قالت : (زوجني) ولم تذكر المهر بنفي ولا إثبات . . فقال

---

(١) الحاوي (ص ٤٧٩) .
(٢) الحاوي (ص ٤٧٩) ، المنهاج (ص ٣٩٨) .
(٣) الحاوي (ص ٤٧٩) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٨) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٥٦) .
(٦) الحاوي (ص ٤٧٩) ، المنهاج (ص ٣٩٨) .

الرافعي : الذي ذكره الإمام وغيره : أنه ليس بتفويض ؛ لأن النكاح يعقد بمهر على الغالب ؛ فيحمل الإذن على الغالب ، وفي كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً[1] ، وعبر في « الروضة » ببعض كتب العراقيين[2] .

وقال في « الشرح الصغير » : الظاهر أنه ليس بتفويض .

وقال السبكي : الذي يظهر أنه تفويض .

وقال في « المهمات » : إنه الصواب المفتىٰ به ؛ فقد نص عليه الشافعي في « الأم »[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : قوله : (في بعض كتب العراقيين) تقتضي أنه لم يقف علىٰ تصريح في ذلك ، وفيه وجهان حكاهما الماوردي ، قال ابن أبي هريرة : هو تفويض ، وقال أبو إسحاق المروزي : ليس بتفويض ، قال : وصور الماوردي المسألة بما إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً في العقد ولا شرط فيه أن ليس لها مهراً . انتهىٰ[4] .

وقد يقال : قول « التنبيه » [ص ١٦٧] : (من غير بدل) إنما يقتضي عدم ذكر البدل لا التصريح بنفيه ؛ فيوافق المحكي عن العراقيين ، ولما ذكر الرافعي أن من التفويض سكوت السيد عن المهر في تزويج الأمة ، قال : وقد يقوىٰ بهـٰذا ما ذكره العراقيون[5] .

قال ابن الرفعة : ولك أن تفرق بأن المرأة إذا أطلقت الإذن . . جاز أن يحمل علىٰ أن الولي يذكر المهر ؛ فلذلك لم يجعل تفويضاً ولا كذلك السيد ؛ فإنه لم يكن له من يَخْلُفُه . . فعد تفويضاً . انتهىٰ .

ولم يتعرضوا لتفويض المكاتبة والمريضة ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : مقتضى القواعد : أن تفويض المكاتبة برضا السيد صحيح كالتبرع بالإذن ، وأما تفويض المريضة ؛ فإن صحت . . فصحيح ، وإن ماتت قبل الدخول . . كان تبرعاً على الوارث ، فإن لم يجز الورثة . . فلها مهر المثل ويستوي القولان . انتهىٰ .

وتناول كلامهم ما لو صرحت بنفي المهر في الحال وعند الدخول وزوجها الولي كذلك ، وهو أحد وجهين ، حكاهما الرافعي والنووي ، وثانيهما : أنه تفويض فاسد ، فيجب مهر المثل ؛ لاقتضاء الشروط الفاسدة في النكاح مهر المثل ، وحكياه عن أبي إسحاق ، ولم يحكيا الأول عن أحد ولا ذكرا ترجيحاً[6] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٧٤) .

(٢) الروضة (٧/ ٢٧٩ ، ٢٨٠) .

(٣) الأم (٥/ ٦٩) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٤٧٣ ، ٤٧٤) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٧٥) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٧٥) ، و« الروضة » (٧/ ٢٨٠) .

٣٧٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٨] : (**ويعتبر بحال العقد في الأصح**) تبع فيه « المحرر »[(١)] ، وكذا في « الشرح الصغير » ، لكن في « أصل الروضة » : أن **الأظهر** : أنه يجب أكثر مهر من العقد إلى الوطء[(٢)] ، وعبارة « الشرح الكبير » : **أصحهما** علىٰ ما ذكر الروياني ، وهو الذي أورده ابن الصباغ بحالة العقد ، ثم قال الرافعي : وقضيته إيجاب مهر ذلك اليوم سواء كان أقل أو أكثر ، لكن ذكر المعتبرون أنه إن كان أكثر . . وجب ، أو أقل . . لم يقتصر عليه كإتلاف المقبوض بشراء فاسد ، فالعبارة المطابقة للغرض : وجوب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء ، أو أكثر مهر من يوم العقد ويوم الوطء ، وذكر الحناطي نحوه . انتهىٰ[(٣)] .

فأسقط في « الروضة » العبارة الثانية ، وهي : أكثر مهر من يوم العقد ويوم الوطء[(٤)] ، ومقتضاها : أنه لا تعتبر الحالة المتوسطة بينهما ، وحكى الرافعي في سراية العتق عن الأكثرين : اعتبار حالة العقد دون الأكثر ، وقد يجمع بينهما بأن المعتبرين هنا غير الأكثرين ، والله أعلم .

٣٧٦٢ـ قول « الحاوي » [ص ٤٧٩] : (**إن لها حبس نفسها لتسليم المفروض**) في « المنهاج » تبعاً لـ« المحرر » : إنه **الأصح**[(٥)] ، **وكذا صححه** في « الروضة » من زيادته[(٦)] ، والذي في « الشرح » : **أن** الروياني قال : **إنه ظاهر المذهب** ، وهو الجواب في « التهذيب » ، ونقل الإمام عن الأصحاب مقابله ، وهو الذي أورده الغزالي[(٧)] ؛ لأنها سامحت بأصل المهر ، فكيف يليق بها المضايقة بالتقدم ؟

٣٧٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٨] : (**ولا يصح فرض أجنبي من ماله في الأصح**) احترز بقوله : (**من ماله**) عن الوكيل والولي ؛ فإن كان هـٰذا الاحتراز لا بد منه . . ورد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٧٩ ، ٤٨٠] : (**ولغا فرض الأجنبي**) **والحق** : عدم الاحتياج إليه ؛ فإن الوكيل والولي لا يعدان أجنبيين .

٣٧٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ٣٩٨ ، ٣٩٩] : (**فإن فرض لها مهراً . . صار ذلك كالمسمىٰ في العقد في جميع ما ذكرناه**) محله : في الفرض الصحيح كما قيده به « المنهاج » ، فأما الفاسد ؛

---

(١) المحرر (ص ٣١٢) .
(٢) الروضة (٧/ ٢٨١) .
(٣) فتح العزيز (٨/ ٢٧٧) .
(٤) الروضة (٧/ ٢٨١) .
(٥) المحرر(ص ٣١٢) ، المنهاج (ص ٣٩٨) .
(٦) الروضة (٧/ ٢٨٢ ، ٢٨٣) .
(٧) فتح العزيز (٨/ ٢٨٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٣/ ١٧٢) ، و« الوسيط » (٥/ ٢٢٣ ، ٢٢٤) ، و« التهذيب » (٥/ ٥٢٠) .

كالخمر . . فلا يؤثر في تشطير إذا طلق قبل الوطء ، بخلاف الفاسد المسمىٰ في العقد ؛ حيث يوجب مهر المثل ، ويقتضي التشطير قبل الوطء .

٣٧٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٧] : (**وإن مات أحدهما قبل الفرض والدخول . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه يجب لها مهر المثل ، والثاني : لا يجب**) **صحح النووي** : وجوبه ، والرافعي : عدم وجوبه ، كذا في « المحرر »[١] ، وحكاه في « الشرح الصغير » عن الأكثرين ، وفي « الكبير » عن ترجيح العراقيين والإمام والبغوي والروياني ، وعن ترجيح صاحب « التقريب » والمتولي الوجوب[٢] ، ومفهوم قول « الحاوي » [ص ٤٧٩] : (**وجب مهر المثل بالوطء**) عدم وجوبه بالموت كترجيح الرافعي[٣] ، وفي « الروضة » : الحديث صحيح ، قال الترمذي : حسن صحيح ، فلا وجه للقول الآخر معه[٤] .

وقال السبكي : عدم الوجوب هو **المشهور في المذهب** ، والوجوب هو **الحق** ، وقيل : إن الشافعي رجع إليه . انتهىٰ .

وحكى الرافعي والنووي في المسألة أربع طرق : إن ثبت الحديث . . وجب المهر ، وإلا . . فقولان ؛ إن لم يثبت . . لم يجب ، وإلا . . فقولان ؛ إن ثبت . . وجب ، وإلا . . فلا[٥] ، وهو ظاهر لفظ « المختصر » إطلاق قولين ، وهو أشبهها .

قال في « المهمات » : ونص في « الأم » على الثالثة ، وهي إن ثبت . . وجب ، وإلا . . فلا ، وقال : ولم أحفظه بعد من وجه يثبت . انتهىٰ[٦] .

وفي « المستدرك » للحاكم عن شيخه أبي عبد الله محمد بن يعقوب الحافظ أنه قال : لو حضرت الشافعي رضي الله عنه . . لقمت علىٰ رؤوس أصحابه وقلت : قد صح الحديث فقل به[٧] ، وناقش النشائي « تصحيح التنبيه » في تعبيره في ذلك بالأصح ؛ لنقل الرافعي في « الصغير » مقابله عن الأكثرين ، وقال : لفظ (المختار) أليق ، وعلى الوجوب : هل يعتبر مهر المثل يوم العقد أو يوم الموت أو أكثرهما ؟ فيه أوجه بلا ترجيح في « الروضة »[٨] .

---

(١) المحرر (ص ٣١٢) ، وانظر « فتح العزيز » (٢٧٨/٨) ، و« الروضة » (٢٨٢/٧) .
(٢) فتح العزيز (٢٧٨/٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٠٦/١٣) ، و« التهذيب » (٥٠٦/٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٢٧٨/٨ ، ٢٧٩) .
(٤) الروضة (٢٨٢/٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٢٧٨/٨) ، و« الروضة » (٢٨١/٧) .
(٦) الأم (٦٨/٥) .
(٧) مستدرك الحاكم (١٩٦/٢) .
(٨) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٤٣) ، وانظر « تصحيح التنبيه » (٣٧/٢) ، و« الروضة » (٢٨٢/٧) .

واعلم : أنه يستثنىٰ من كلامهم في التفويض هنا : ما لو نكح كافر تفويضاً مع اعتقاد أن لا مهر للمفوضة بحال ثم أسلما . . ففي « الروضة » وأصلها في نكاح المشرك : أنه لا مهر وإن كان الإسلام قبل المسيس[(١)] ؛ لأنه قد سبق استحقاق وطء بلا مهر ، ويخالفه ما ذكره الرافعي هنا عن « التتمة » : أنه لو نكح ذمي ذمية علىٰ أن لا مهر لها وترافعا إلينا . . حكمنا بحكمنا في المسلمين[(٢)] ، وجزم به في « الروضة »[(٣)] ، فإذا أوجبنا فيما إذا لم يسلما مع اعتقادهما عدمه . . فكيف لا توجب إذا أسلما مع أنهما صارا يعتقدان وجوبه لو أنشأه الآن ؟ قاله في « المهمات » .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الظاهر أن المذكور هنا فيما إذا لم يسلما بخلاف ما سبق .

قلت : الصورة كذلك إلا أنه مشكل كما تقدم ، والمقصود إِبْدَاءُ معنىً يقتضيه ؛ فإن المتبادر إلى الفهم عكسه ، ثم قال شيخنا : ويحتمل أن هـٰذا فيما إذا لم يعتقدا أن لا مهر لها بحال ، بخلاف ما سبق .

قلت : يرد هـٰذا أن الرافعي قال بعد الحكاية عن « التتمة » : وقال أبو حنيفة : إن اعتقدوا أن النكاح لا يخلوا عن المهر . . فكذلك ، وإن جوزوا خلوه عن المهر . . فلا مهر لها . انتهىٰ[(٤)] .

وهـٰذا يقتضي أنه لا فرق في المحكي عن « التتمة » بين الحالتين ، **والأحسن عندي** : الجمع بين الكلامين ؛ فإن المذكور هنا في الذميين كما صرح به في التصوير ، والمذكور في نكاح المشرك في الحربيين ، والمعنىٰ يساعده ؛ لالتزام الذمي أحكام الإسلام بخلاف الحربي ، والله أعلم .

٣٧٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٩] : (**وأقربهن : أختٌ لأبوين ثم لأبٍ ، ثم بنات أخ ، ثم عماتٌ كذلك**) أي : لأبوين ثم لأب ، وهو أحسن من قول « المحرر » : (ثم بنات الأخوة كذلك ، ثم العمات)[(٥)] لأن المذكور بعدهما يعود إليهما ، والمذكور بعد الأول لا يعود للثاني ، ولم يذكرا بنات العم كذلك ؛ أي : لأبوين ثم لأب ، ولا بد عند التفصيل من ذكره ، وهـٰكذا بنات أولاد العم .

٣٧٦٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٠] : (**وتعتبر قرابة الأب**) لم يذكر حكم ما إذا لم يكن لها قرابة أب ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [٣٩٩] : (**فإن فُقد نساء العصبة أو لم ينكحن أو جُهل مهرهن . . فأرحامٌ كجداتٍ وخالاتٍ**) ولم يذكر ما إذا لم يكن لها قرابة أصلاً ، وقد ذكره «التنبيه»: (**فإن لم يكن**

---

(١) فتح العزيز (٨/ ١٠٢ ، ١٠٣) ، الروضة (٧/ ١٥٤) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٨٥) .
(٣) الروضة (٧/ ٢٨٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٨٥) .
(٥) المحرر (ص ٣١٣) .

لها أقارب من النساء . . اعتبر بنساء بلدها ، ثم بأقرب النساء شبهاً بها)[1] وقوله قبل ذلك : (فإن لم يكن لها نساء عصبات)[2] أحسن من قول « المنهاج » [ص ٣٩٩] : (فإن فقد نساء العصبة) لإيهامه أن المراد بفقدهن : موتهن ، وليس كذلك ، والمراد إنما هو : عدم وجودهن أصلاً ؛ فإنهن لو كن ميتات . . اعتبرن بعد موتهن ، وقال ابن داوود : قال أصحابنا : يعتبر نساء العصبة إلا بنت الابن ، وفي أم الأب وجهان ، ولما مثل « المنهاج » الأرحام بالجدات والخالات . . عرفت الأم من طريق الأولىٰ .

وقد فصل ذلك الماوردي ، فقال : يبدأ باعتبار الأم ثم بناتها ، وهن الأخوات للأم ، ثم أمها وهي الجدة للأم ؛ فإن اجتمعت أم أب وأم أم . . فقيل : يعتبر أم الأب وقيل : أم الأم وقيل : هما سواء ، ثم بعد الجدات الخالات ، ثم بنات الأخوات ، ثم بنات الأخوال . انتهىٰ[3] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهو فقه متجه . انتهىٰ .

وذكر ابن الرفعة : أن المعتبر من الأقارب ثلاث ، وتوقف فيما إذا لم يكن منهن إلا واحدة أو ثنتان .

٣٧٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٧] : (في السن والمال والجمال والثيوبة والبكارة والبلد) قد يفهم منه الحصر فيما ذكره ، وليس كذلك ، فيعتبر أيضاً : العقل والعفة وكل صفة يختلف بها الغرض ؛ ولذلك قال « المنهاج » بعد ذكر بعض الصفات [ص ٣٩٩] : (وما اختلف به غرض) ولم يفصل « الحاوي » ذلك وعبر بقوله [ص ٤٨٠] : (وما تتفاوت به الرغبة) ودخل في إجمالهما البلد ، وصرح به « التنبيه » كما تقدم[4] .

فإن كان عصبتها ببلدين هي في أحدهما . . اعتبر بمن في بلدها ، فإن كن كلهن بغير بلدها . . اعتبر بهن لا بأجنبيات بلدها ، كذا في « الروضة » و« الشرحين » تبعاً لـ« التهذيب » وغيره[5] .

وقال الماوردي وابن الصباغ : إنما يعتبر نساء العصبة إذا كن ببلدها ، وإلا . . لم يعتبرن ؛ لأنه قيمة متلف فيعتبر محل الإتلاف[6] .

واستشكله مجلي : بأن البلد مؤخرة عن القرابة ، وقال المتولي : إذا كانت عتيقة . . اعتبرت بعتيقة مثل مواليها في الدرجة .

---

(١) التنبيه (ص ١٦٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٤٩٢) .
(٤) التنبيه (ص ١٦٧) .
(٥) التهذيب (٥/ ٥١٠) ، فتح العزيز (٨/ ٢٨٧) ، الروضة (٧/ ٢٨٧) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٤٩٢) .

٣٧٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٨٠] : (**ولو سامحت واحدة . . لم تجب موافقتها**) ، قال الرافعي : إلا أن يكون لنقص دخل في النسب وفترت الرغبات[١] .

٣٧٧٠ـ قولهما أيضاً : (**ولو خفضن للعشيرة فقط . . اعتبر**)[٢] لا يختص ذلك بالعشيرة بل لو خفضن للشريف أو العالم أو غيرهما . . اعتبر ، بل ذكر الماوردي أنهن لو سامحن غير العشيرة دون العشيرة . . اعتبر ، قال : ويكون ذلك في القبيلة الدنيئة ، قال : وكذا لو سامحن الشباب دون الشيوخ[٣] .

وقال ابن يونس : يعتبر المهر بحال الزوج أيضاً من اليسار والعلم والفقه والنسب ، فقد يخفف عن العالم والعفيف ، ويثقل علىٰ غيره ، وذكر بعضهم : أن المهر الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالإتلاف ؛ كوطء الشبهة ونحوه ، واستحسنه في « البحر » ، وجعله في « الحلية » القياس القوي والاختيار .

٣٧٧١ـ قولهما أيضاً ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإن تكرر** ـ أي : الوطء في نكاح فاسد ـ . . **فمهر في أعلى الأحوال ، ولو تكرر وطء بشبهة واحدة . . فمهر**)[٤] قال الرافعي : كما أن الوطآت في النكاح الصحيح لا تقتضي إلا مهراً واحداً[٥] .

قال في « المهمات » : وهـٰذا القياس الذي استند إليه عجيب ؛ لأن وطئات النكاح استيفاء لحق سبق بعقد واقع علىٰ مسمىٰ معين ، وأما هنا : ففي غير ملك ، وكل وطئة انتفاع غير الأول ، والشبهة لا تدفع الغرامة ، وإنما تدفع العقوبة ، وأيضاً فالموجب هنا هو الوطء ؛ إذ لا عقد ، ولا يمكن تأخير الوجوب عن الأول ، ولا بد للثاني من أثر .

٣٧٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**وإن وطىء امرأة بشبهة أو في نكاح فاسد أو أكره امرأة على الزنا . . وجب عليه مهر المثل**) أورد عليه : أن ظاهر عبارته أن المعتبر قيام الشبهة به ، وليس كذلك ؛ فالاعتبار في المهر بقيام الشبهة بها ، وأيضاً : فإن أريد اتحاد المهر والوطء متعدد . . فالأصح في الإكراه : خلافه ، أو تعدده . . فقد عرفت أن المنقول في الفاسد والوطء بشبهة واحدة خلافه .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٨٧) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٩) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٤٩٢ ، ١٩٣) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٠) ، و« المنهاج » (ص ٣٩٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٢٨٨ ، ٢٨٩) .

٣٧٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٣٩٩] : (**ولو تكرر وطء الأب والشريك وسيد مكاتبة.. فمهر ، وقيل : مهور**) محل ما رجحه في المكاتبة : إذا لم تحمل.. فتخير بين المهر والتعجيز وتصير أم ولد فتختار المهر ؛ فإذا كان كذلك فوطئها مرة أخرىٰ.. خيرت ؛ فإن اختارت المهر.. وجب لها مهر آخر ، وهـٰكذا سائر الوطئات ، نص عليه الشافعي وآخر عبارته في ذلك : وكلما خيرت فاختارت الصداق ثم أصابها.. فلها صداق آخر كناكح المرأة نكاحاً فاسداً يوجب مهراً واحداً ؛ فإذا فرق بينهما وقضىٰ بالصداق ثم نكحها نكاحاً آخر.. فلها صداق آخر ، حكاه في « المهمات »[1] ، وقال : هي فائدة مهمة ، ويؤخذ منها ترجيح تعدد المهر في جارية الابن[2] .

وحكىٰ شيخنا الإمام البلقيني هـٰذا النص ؛ إلا أنه لم يحك أوله الذي يعلم منه أن صورة المسألة : أن تحبل .

٣٧٧٤ـ قوله : (**وقيل : إن اتحد المجلس.. فمهر ، وإلا.. فمهور**)[3] هو رأي القاضي حسين والبغوي ، ورجحه السبكي .

فَصْلٌ

[في سقوط المهر وتشطره]

٣٧٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن وردت فرقة من جهتها قبل الدخول ؛ بأن ارتدت أو أسلمت.. سقط مهرها**) كذا لو كانت من جهة الزوج ، لكن بسببها كفسخه بعيبها وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٤٠٠] : (**منها أو بسببها.. كفسخه بعيبها**) واقتصر « الحاوي » في سقوط المهر علىٰ كونه بسببها ، ورأىٰ أن الحاصل منها هو بسببها[4] ، وهو داخل في قول « التنبيه » في الخيار في النكاح [ص ١٦٢] : (**ومتىٰ وقع الفسخ ؛ فإن كان قبل الدخول.. سقط المهر**) فإنه يتناول فسخه بعيبها وفسخها بعيبه ، ودخل في الفرقة من جهتها ما لو ارتدا معاً.. **فالأصح** سقوط مهرها ، وأهمل ذلك في « الروضة » لأن الرافعي إنما ذكره في المتعة استطراداً[5] .

٣٧٧٦ـ قوله « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن اشترت زوجها.. فقد قيل : يسقط النصف ، وقيل : لا يسقط**) المراد : النصف الذي يسلم لها لو كانت الفرقة من جهة الزوج ، **والأصح** : الأول ، وهو

---

(١) انظر « الأم » (٨/٥٩) .
(٢) في (ج) : (علىٰ خلاف ما رجحه الرافعي بحثاً) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٣٩٩) .
(٤) الحاوي (ص ٤٨٢) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٣١) .

السقوط ، وعليه مشى « الحاوي » فقال في أمثلة ما هو بسببها [ص ٤٨٢] : (**وشراءها**) والخلاف قولان كما بينه الرافعي في نكاح العبد[1] ، وأهمله هنا ، وصورة المسألة : أن تكون حرة وتشتريه بغير الصداق ، فلو كانت أمة مأذونة أو اشترته بإذن سيدها . . صح البيع واستمر النكاح ؛ لأن الملك للسيد ، ولو اشترته بعين الصداق ؛ بأن يكون السيد قد ضمنه في ذمته أو دفع إليه السيد عيناً له ليصدقها زوجته فأصدقها إياها ثم اشترته بها ؛ فإن قلنا بسقوط الجميع **وهو الأصح** . . بطل البيع ، واستمر النكاح ، وإن قلنا بالتشطير . . **فالأظهر** : الصحة ، والهبة في ذلك كالشراء ؛ فلو قالا : (وملك زوجها) . . كان أعم .

٣٧٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن اشترىٰ زوجته . . سقط كله ، وقيل : يسقط النصف**) ثم قال : (**والأول أصح**) صحح الرافعي والنووي[2] الثاني ، وعليه مشى « الحاوي » [ص ٤٨٢] ، وفي معنىٰ شرائها : اتهابها .

٣٧٧٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**ومتىٰ ثبت . . له الرجوع بالنصف**) قد يفهم أن الشطر لا يعود بنفس الطلاق ، وإنما له خيار الرجوع ، وهو وجه ، **والصحيح** : عوده بنفس الطلاق ، وقد صرح به « المنهاج »[3] ، وهو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٨١] : (**ويرجع إلى الزوج نصف المهر**) و« التنبيه » أولاً [ص ١٦٦] : (**سقط نصف المهر**) .

٣٧٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**فإن كان باقياً علىٰ جهته . . رجع في نصفه**) قد يفهم أنه لو أصدق ذمي ذمية خمراً فتخلل ، أو جلد ميتة فدبغ ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، وقد طلقها قبل دخول . . أنه لا يرجع في نصفه ؛ لأنه ليس باقياً علىٰ جهته ، لكن **الأصح** : الرجوع في نصفه ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٨٢] : (**كخمر تخللت ، وجلد ميتة دبغ في ذميين أسلما**) ووقع في « شرح الرافعي الكبير » و« الروضة » : أنه لو أصدقها عصيراً فتخمر في يده ثم تخلل ثم أسلما أو ترافعا إلينا . . يلزمه قيمة العصير ، ولا عبرة بتخلل الخمر[4] ، والظاهر أنه سبق قلم ؛ ولعله من ناسخ ؛ فالذي يليق وجوب الخل نفسه ، وكذا في « الشرح الصغير » ، ويؤيده من « الشرح الكبير » قوله عقبه : ولو أصدقها خمراً فصارت خلاً عندها ، ثم طلقها قبل الدخول . . **فالأصح** : الرجوع إلىٰ نصف الخل[5] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٠٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٩٠ ، ٢٩١) ، و« الروضة » (٧/٢٨٩) .
(٣) المنهاج (ص ٤٠٠) .
(٤) فتح العزيز (٨/٣٠٧) ، الروضة (٧/٣٠٣) .
(٥) فتح العزيز (٨/٣٠٧) .

٣٧٨٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨١] : (**وإن أدىٰ غيره**) أي : يرجع النصف إلى الزوج وإن أدى الصداق غيره .

محله : ما إذا كان المؤدي أباً أو جداً والمؤدىٰ عنه طفلاً أو مجنوناً ، أما إذا كان المؤدي أجنبياً أو كان أباً أو جداً والمؤدىٰ عنه مكلفاً .. فإنه يرجع نصف المهر إلى المؤدي لا إلى الزوج في **الأصح** ، وفي نظيره من البيع ، وهو ما إذا تبرع أجنبي بوفاء الثمن ثم رد المشتري المبيع بعيب وجهان ، وقطع الجرجاني في « المعاياة » بأنه للمشتري ؛ لتقدير دخوله في ملكه .

٣٧٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦] : (**وإن كان فائتاً أو مستحقاً بدين أو شفعة .. رجع إلىٰ نصف قيمته**) محله : في المتقوم ، أما المثلي : فالرجوع إلىٰ نصف مثله ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » بالبدل[١] ، وهو شامل لهما ، وأوضح ذلك « المنهاج » فقال [ص ٤٠٠] : (**من مثلٍ أو قيمةٍ**) .

ومحل الرجوع في بدل المستحق : إذا لم يصبر إلىٰ زوال الاستحقاق ؛ كانفكاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة كما ذكره « الحاوي »[٢] ، لكن محل لزوم الرضا بِصَبرِه : أن يتسلم العين ثم يسلمها إلى المرتهن أو المستأجر ، وإلا .. فلها ألاَّ ترضىٰ به وتدفع إليه نصف القيمة ، لخطر الضمان تفريعاً علىٰ أنه في يدها مضمون بعد الطلاق ، **وهو الأصح** ، كذا في « الروضة » وأصلها[٣] .

وقال في « المهمات » : إنه غير مستقيم ؛ لأنه إذا لم يرجع .. لم ينتقل الملك إليه ؛ فكيف ينقطع الضمان عن المرأة بتسلمه وإعطائه ؟ قال : وإنما ذكر صاحبا « الشامل » و« التتمة » هـٰذا التفصيل بين التسلم وعدمه في الإجارة إذا رجع في الحال .

٣٧٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٦ ، ١٦٧] : (**أقل ما كانت من يوم العقد إلىٰ يوم القبض**) مخالف لقول « المنهاج » [ص ٤٠١] : (**ومتىٰ رجع بقيمة .. اعتبر الأقل من يومي الإصداق والقبض**) و« الحاوي » [ص ٤٨٢ ، ٤٨٣] : (**وأقل قيمة يومي الوجوب والقبض**) فلم يعتبر الحالة المتوسطة بينهما ، واعتبرها « التنبيه » دون يومي الإصداق والقبض[٤] ؛ لأن الظاهر عدم دخول ابتداء الغاية وانتهائها ، والذي في « المنهاج » و« الحاوي » هو الموجود في سائر كتب الرافعي والنووي ، إلا أن الرافعي ذكر في (الزكاة) استطراداً أن المعتبر : قيمة يوم القبض[٥] ، وحكاه في « المهمات » عن نص « **الأم** » في مواضع ، وقال : **إنه المفتىٰ به**[٦] .

---

(١) الحاوي (ص ٤٨٤) .
(٢) الحاوي (ص ٤٨٣) .
(٣) فتح العزيز (٨/ ٣١٥) ، الروضة (٧/ ٣١١) .
(٤) التنبيه (ص ١٦٦ ، ١٦٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٣/ ٣٠) .
(٦) الأم (٥/ ٦١) .

٣٧٨٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن تعيب في يدها ؛ فإن قنع به ، وإلا . . فنصف قيمته سليماً**)[(١)] كذا في « الروضة » وأصلها[(٢)] ، وهو محمول على المتقوم ، أما المثلي : ففيه مثل نصفه كما صرح به ابن الصباغ وغيره ، وجزم به في « المطلب » ، وهو واضح معلوم من المذكور في التلف ، ويزيد « التنبيه » أمرين :

أحدهما : أن محل القناعة به ناقصاً : إذا لم يكن تعيبه بجناية ويأخذ أرشها ، فإن كان كذلك . . **فالأصح** : رجوعه في نصف الأرش ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[(٣)] .

ثانيهما : أنه عبر بقوله : (**وإن كان ناقصاً**) فتناول نقصان الجزء ؛ كما إذا أصدقها عبدين وقبضتهما وتلف أحدهما في يدها ثم طلقها قبل الدخول . . **والأصح في هذه الصورة** : أنه يرجع في نصف الباقي ونصف قيمة التالف ، ولا يرد على « المنهاج » لتعبيره بالتعيب ، وأما « الحاوي » : فإنه وإن عبر بالنقص لكنه ذكرها بعد ذلك بقوله : (**وقسطهما إن تلف البعض**)[(٤)] .

٣٧٨٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن كان زائداً زيادة منفصلة ؛ كالولد والثمرة . . رجع في نصفه دون زيادته**)[(٥)] محله في الولد : في غير الجواري ، وفيهن إذا كان في سن التمييز ، فإن كان دونه . . فلا رجوع في نصف الأم وإن وافقت الزوجة ؛ لأنه يتضمن التفريق ، ويرجع إلى نصف القيمة ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن « الشامل » و« التتمة »[(٦)] ، وصرح به أيضاً الروياني وغيره ، ونص عليه في « الأم »[(٧)] كما حكاه في « المهمات » ، وحكى الروياني وجهاً آخر : أنه يجوز التفريق إلا أن تكون مرضعة ، وفي قول : يباعان وله نصف ثمن الأم .

ومحل قولنا : إنه لا يرجع في الولد . . إذا لم يكن حملاً عند العقد ، فإن كان مجتناً حين العقد منفصلاً عند الطلاق . . رجع في نصفه أيضاً ؛ لأن للحمل قسطاً من الثمن في البيع ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٨١] : (**بالحمل المنفصل**) ومحله : إذا رضيت الزوجة ؛ لأنه زاد بالولادة ؛ فإن أبت . . رجع إلى نصف قيمته يوم الانفصال ، وإنما يرجع في نصف الأم في هذه الصورة . . إذا رضيت الزوجة برجوعه في نصف الولد أو كان في سن التمييز ؛ وإلا . . فيرجع إلى نصف قيمتها ؛ لئلا يحصل التفريق .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) ، و« الحاوي » (ص ٤٨٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٠) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٢٩٤) ، الروضة (ص ٧/ ٢٩٢) .
(٣) الحاوي (ص ٤٨٣) ، المنهاج (ص ٤٠٠) .
(٤) الحاوي (ص ٤٨٤) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) ، و« الحاوي » (ص ٤٨٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٠) .
(٦) فتح العزيز (٨/ ٢٩٦) ، الروضة (٧/ ٢٩٣) .
(٧) الأم (٥/ ٦٢) .

٣٧٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٧] : (**وإن كان زائداً زيادة متصلة ؛ كالسمن والتعليم.. فالمرأة بالخيار بين أن ترد النصف زائداً وبين أن تدفع إليه قيمة النصف**) عبر « المنهاج » و« الحاوي » بنصف القيمة[(١)] ، وكذا عبر به « التنبيه » في التلف كما تقدم[(٢)] ، وهي عبارة الشافعي وأكثر الأصحاب[(٣)] ، وفي « أصل الروضة » : إنها **الصواب** ؛ فإن قيمة النصف أقل ؛ لأن التشقيص عيب ، قال : ووقع في كلام الغزالي : قيمة النصف ، وهو تساهل . انتهىٰ[(٤)] .

قال في « المهمات » : بل قاله عن قصد تبعاً لإمامه ؛ فإنه جزم في « النهاية » بأنه يرجع بقيمة النصف لا بعكسه ؛ وعلله بأنه لم يفته إلا ذلك .

قلت : في « النهاية » : إن الفقهاء تساهلوا في ذلك ؛ أي : في قولهم : نصف القيمة ، قال : ومرادهم : قيمة النصف ، وهو أقل من نصف القيمة[(٥)] ، وقد مال ابن الرفعة والسبكي والإسنوي والبلقيني إلىٰ هـٰذا ؛ لأن الواجب للزوج بالطلاق نصف الصداق ، وقد تعذر أخذه ، فيأخذ قيمته ، وهو قيمة النصف لا نصف القيمة ؛ ومال إليه النووي في (كتاب الوصية) فقال : **القياس** : قيمة النصف ، وهي أقل[(٦)] .

وأيده ابن الرفعة : بأن الشريك الموسر إذا أعتق.. غرم قيمة النصف لا نصف القيمة ، صرح به في « المهذب »[(٧)] .

قلت : عبر في « التهذيب » بقيمة النصف ، ولم يقل : نصف القيمة ، وإن كان كلامه دالاً عليه .

وقال في « التوشيح » : الفرق بين نصف القيمة وقيمة النصف صحيح إن أريد بقيمة النصف : قيمته منفرداً ، وبنصف القيمة : قيمة الكل مجموعاً كما هو ظاهر الإطلاق ، ويحتمل أن يراد بقيمة النصف : قيمته مجموعاً ، وبنصف قيمة الكل : قيمته مجموعاً أيضاً ، وحينئذ.. فلا فرق ، ويحتمل : أن يراد بقيمة النصف : قيمته مجموعاً ، وبنصف قيمة الكل : قيمته منفرداً ؛ فهـٰذه معان تحتملها هـٰذه العبارة ، ولا يصح الفرق إلا علىٰ واحد منها ، **والأولىٰ** : ألاَّ يحمل عليه ؛ لأنا رأينا من عبر بهـٰذه العبارة قد عبر بالأخرىٰ ؛ كصاحب « التنبيه » فإنه عبر بنصف القيمة فيما إذا كان ناقصاً

---

(١) الحاوي (ص ٤٨٣) ، المنهاج (ص ٤٠٠) .

(٢) التنبيه (ص ١٢٤) .

(٣) انظر « الأم » (٦٢/٥) .

(٤) الروضة (٢٩٥/٧) ، وانظر « الوسيط » (٢٤٩/٥ ، ٢٥٠) .

(٥) نهاية المطلب (٤٨/١٣ ، ٤٩) .

(٦) انظر « الروضة » (١٤٦/٦) .

(٧) المهذب (٥٨/٢) .

وبقيمة النصف فيما إذا كان زائداً ، ولا فرق بين الزيادة والنقص في ذلك ، فدل علىٰ أن العبارتين عنده تؤديان معنىً واحداً . انتهىٰ .

٣٧٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٠] : (**وإن زاد ونقص ؛ ككبر عبد وطول نخلة**) صورته : أن تَقِلّ مع ذلك ثمرتها لكبرها ، فهو زيادة في الحطب نقص في الثمرة ، ولا يفهم ذلك من عبارته .

٣٧٨٧ـ قوله : (**وحرثها زيادة**)[1] محله : ما إذا كانت معدة للزراعة كما صرح به في « المحرر »[2] ، وإلا . . فهو نقص محض ، وكأن « المنهاج » أطلقه لتقدم الزرع ، فأشعر بأن الكلام في أرض الزراعة .

٣٧٨٨ـ قوله : (**وحمل أمة وبهيمة زيادة ونقص**)[3] كذا صحح في « أصل الروضة » هنا[4] ، وعليه مشى « الحاوي » فذكر الحمل في أمثلة الزيادة المتصلة وفي أمثلة النقص[5] ، ولو أهمله فيهما وذكره في أمثلة ما لا يرجع فيه إلا بتوافقهما . . لكان أحسن ، وفرق في « الروضة » وأصلها في خيار النقص في البيع ، فجعله عيباً في الأمة دون بقية الحيوانات[6] .

٣٧٨٩ـ قول « الحاوي » في أمثلة النقص [ص ٤٨٣] : (**وإعادة صنعة أخرىٰ**) لو قال : (وإبدال صنعة بأخرىٰ) . . لكان أحسن ؛ لأمرين :

أحدهما : أن لفظ الإعادة لا يستعمل إلا في إعادة القيمة .

والثاني فيه : أن الإعادة سبب امتناع الزوج من الرجوع إلى العين ، وإنما سبب امتناعه فوات الصنعة القديمة .

٣٧٩٠ـ قوله : (**بتوافق في نخل أثمرت**)[7] محله : ما إذا أراد الزوج الرجوع في نصف النخل مع قطع الثمرة أو إرادته الزوجة مع إبقاء الثمرة ؛ فلا بد من توافقهما علىٰ ذلك ، أما لو أراد الزوج الرجوع مع إبقاء الثمرة إلى الجذاذ ، أو أرادته الزوجة مع قطعها الثمرة . . أجبر الآخر ، وقد ذكر « المنهاج » الصورتين فقال [ص ٤٠١] : (**فإن قطعت . . تعين نصف النخل ، ولو رضي بنصف النخل وتبقيه الثمرة إلىٰ جذاذه . . أجبرت في الأصح**) ومحل ما ذكره في الأولىٰ : ما إذا بادرت بالقطع ، أو قالت : أقطعه لترجع ، ولم يمتد زمن القطع ، ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار غصن أو سعف .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٠٠) .
(٢) المحرر (ص ٣١٤) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٠٠) .
(٤) الروضة (٧/٢٩٦) .
(٥) الحاوي (ص ٤٨٣) .
(٦) الروضة (٣/١٦٠) .
(٧) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٢) .

٣٧٩١ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٢] : (**وأمة ترضع ولدها**) صريح في الرجوع في نصف الأم بتوافقهما ، مع أن ذلك ممتنع إذا كان قبل سن التمييز كما تقدم عن ابن الصباغ والمتولي وعن النص ، وقد نبه علىٰ ذلك في « الروضة » وأصلها[1] .

٣٧٩٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠١] : (**ولو أصدق تعليم قرآن وطلق قبله ـ أي : قبل التعليم ـ . فالأصح تعذر تعليمه**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٧٨] : (**وتعذره ؛ كأن أصدق تعليم القرآن فبانت**) لأمرين :

أحدهما : أن ذلك لا يختص بالطلاق البائن ؛ فالرجعي كذلك .

ثانيهما : قد يتوهم من تعريف القرآن اختصاص ذلك بإصداق تعليم جميعه ؛ فالتنكير في ذلك أولىٰ .

نعم ؛ لا بد أن يكون في تعليمه كلفة ، لا كقوله : ﴿ ثُمَّ نَظَرَ ﴾ ، وتقدم في أوائل (النكاح) مخالفة هـٰذا لقول « المنهاج » هناك : إنه يباح النظر للتعليم ، وتقدم كلام السبكي في الجمع بينهما ، ونزيد هنا أموراً :

أحدها : قال في « المهمات » : إن تعذر التعليم هنا صحيح لا لما ذكروه من تحريم النظر والخلوة ؛ بل لأن القيام بتعليم نصف مشاع لا يمكن ، والقول باستحقاق نصف معين تحكم لا دليل عليه ، ويؤدي إلى النزاع ؛ فإن السورة الواحدة مختلفة الآيات في الطول والقصر والصعوبة والسهولة ؛ فتعين البدل .

قلت : هـٰذه العلة خاصة بما إذا طلق قبل الدخول ، وقد صرحوا بتعذر التعليم ولو بعد الدخول والمستحق بعد الدخول تعليم الكل ، وقد نص في « البويطي » علىٰ هـٰذه العلة ، إلا أنه صورها بالطلاق قبل الدخول ، وعبارته : (وإن كان تعليم قرآن فطلقها قبل أن يدخل بها . . رجعت عليه بنصف صداق المثل ؛ لأن تعليم النصف لا يوقف علىٰ حده كما يوقف علىٰ حد جميعه ، فإن كان يوقف علىٰ حده . . يجعل امرأة تعلمها نصفها) حكاه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لعله فيما إذا كان الالتزام في الذمة ، أما في العين : فيبعد الاستبدال ، فيعلمها من وراء حجاب . انتهىٰ .

ثانيها : قال السبكي : يستثنىٰ : ما إذا كانت آيات يسيرة يمكن تعليمها في مجلس واحد بحضور محرم ومن وراء حجاب ؛ **فالصواب** : أنه لا يتعذر ، وهو ما ذكره الإمام في « النهاية »[2] .

ثالثها : يستثنىٰ أيضاً : ما ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، قال : لو كانت صغيرة لا تشتهىٰ ، أو صارت محرماً برضاع حصلت به الفرقة ، أو عقد عليها بعد ذلك . . ينبغي ألاَّ يتعذر التعليم ؛ لفقد

---

(١) فتح العزيز (٨/٢٩٦) ، الروضة (٧/٢٩٣) .

(٢) نهاية المطلب (١٣/٢٧) .

العلة ، ولو أبرأته عقب الطلاق مما في ذمته لها من التعليم . . برىء .

رابعها : يتعين أن تكون صورة المسألة : أن يصدقها تعليم ذلك بنفسه ، أما لو أصدقها ذلك في ذمته . . لم يتعذر التعليم بالطلاق ، وقد تقدم حمل شيخنا نص « البويطي » علىٰ ذلك .

خامسها : لا يختص ذلك بتعليم قرآن ، بل تعليم الفقه والشعر والخط وسائر الأمور كذلك ، فلو أطلقوا التعليم . . لكان أحسن ، مع أن ذكر القرآن إنما هو تمثيل .

سادسها : المراد : أن يصدقها تعليمها هي قرآناً ، فلو أصدقها تعليم ولدها . . لم يصح ؛ كما لو شرط الصداق لولدها ، إلا أن يكون قد وجب عليها تعليمه ، ولو أصدقها تعليم عبدها . . قال البغوي : لا يصح[1] ، وقال المتولي : يصح ، **وصححه** في « الروضة » وأصلها[2] ، ونص عليه الشافعي في « الأم » في أول (الصداق) كما حكاه شيخنا الإمام البلقيني ؛ فحيث **صححنا** إصداقها تعليم غيرها . . لا يتعذر ذلك بالطلاق ؛ فكان ينبغي التصريح في التصوير بأن الصداق تعليمها .

٣٧٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠١] ـ والعبارة له ـ « والحاوي » [ص ٤٨٢] : (**فإن كان زال وعاد . . تعلق بالعين في الأصح**) ، يسأل عن الفرق بينه وبين ما إذا زال ملك الولد في الهبة ثم عاد . . **فإن الأصح** : امتناع رجوع الأب ، والفرق : أن حق الأب انقطع بزوال ملك الولد ، فلم يعد ، وحق الزوج لم ينقطع ؛ بدليل رجوعه في البدل ، فعاد بالرجوع ، وحاصله : أن حق الزوج في العين والمالية ، وحق الأب في العين فقط .

٣٧٩٤ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو وهبته له ثم طلق . . فالأظهر : أن له نصف بدله**)[3] لا يختص ذلك بالطلاق وما في معناه ، بل لو ارتد[4] . . جرى الخلاف بالنسبة للكل ؛ ولهـٰذا ذكره « الحاوي » بعد ذكر المشطر والمسقط[5] ، **ورجح** البغوي مقابله[6] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : رجحه قبله المزني ، وقال الشافعي : إنه الأحسن[7] .

٣٧٩٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠١] : (**وعلىٰ هـٰذا : لو وهبته النصف . . فله نصف الباقي وربع بدل كله**) هو معنىٰ قول « الحاوي » [ص ٤٨٤] : (**وقسطهما إن تلف البعض أو وهبت**) ، وفي معناه

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/ ٤٨٢) .

(٢) فتح العزيز (٨/ ٣١٠) ، الروضة (ص ٧/ ٣٠٦) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٤) ، و« المنهاج » (ص ٤٠١) .

(٤) في (ب) ، (ج) : (ارتدت) .

(٥) الحاوي (ص ٤٨٢) .

(٦) انظر « التهذيب » (٥/ ٤٨٢) .

(٧) انظر « الأم » (٥/ ٦٠) .

قوله بعده : (**والخلع بنصفه يفسد نصف البدل**)[1] وهـٰذا المذكور في المسألتين هو قول الإشاعة ، وقد صحح الرافعي والنووي في نظير ذلك في الإقرار والرهن قول الحصر ، وحكيا في (العتق) في شروط السراية عن الإمام : أنه استحسن قول أبي حنيفة في ذلك : أنه يحمل في البيع علىٰ ما يملكه ؛ لأن الظاهر أنه لا يبيع ما لا يملك وفي الإقرار على الإشاعة ؛ لأنه إخبار ، وأجاب به الغزالي[2] ، وقال النووي : إنه **الراجح**[3] .

وفي « المهمات » : إن الفتوىٰ على التفصيل ؛ لقوة مدركه ، أو على الإشاعة مطلقاً ، وهو الحق ؛ لكونه قول الأكثرين ، وأما الحصر مطلقاً : فلا وجه له . انتهىٰ .

٣٧٩٦ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو كان ديناً فأبرأته . . لم يرجع عليها على المذهب**)[4] قد يفهم أنها لو عبرت بلفظ الهبة أو التمليك . . رجع عليها ، **والأصح** : التسوية .

٣٧٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠١] : (**وليس لولي عفوٌ عن صداقٍ على الجديد**) يفهم أن القديم : جوازه مطلقاً ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٦٧] : (**وفيه قول آخر : أنها إن كانت بكراً صغيرة أو مجنونة فعفى الأب أو الجد عن حقها . . صح العفو**) ، وما ذكره في المجنونة قول ، **والأظهر** عند الرافعي والنووي تفريعاً على القديم : أنه لا يصح العفو عن صداق المجنونة ؛ وعللوه بأنه يرجىٰ في العفو عن صداق البالغة ترغيب الخاطبين فيها ، وتخليصها من زوجها ؛ ليتزوجها خير منه ، والمجنونة لا يكاد يرغب في نكاحها[5] .

ومقتضى اعتبار الصغر : أنه لا يصح العفو عن صداق البالغة السفيهة ، وكذا نقله الرافعي عن « التتمة »[6] ، لكن في « الكفاية » عن الإمام وغيره : أنها كالصغيرة[7] ، وصوبه شيخنا الإمام البلقيني ؛ لظاهر القرآن ؛ ولأنه يرغب فيها كالصغيرة . انتهىٰ .

وبقيت شروط أخرىٰ :

أحدها : أن يكون قبل الدخول .

الثاني : أن يكون بعد الطلاق ، **كذا صححه الرافعي والنووي** هنا[8] ، لكن قال الرافعي في

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٤) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٩/٢٠٦) ، و« الوسيط » (٥/٢٦٥) ، و« فتح العزيز » (١٣/٣٢٤) .

(٣) انظر « الروضة » (١٢/١١٩) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٦٧) ، و« الحاوي » (ص ٤٨٤) ، و« المنهاج » (ص ٤٠١) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٢١) ، و« الروضة » (٧/٣١٦) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٢١) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٣/١٥٢) ، و« فتح العزيز » (٨/٣٢٢) .

(٨) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٢٢) ، و« الروضة » (٧/٣١٦) .

أواخر الباب الرابع من الخلع : **الأقوىٰ** : الاكتفاء بالعفو المقارن للطلاق ، إلا أنه عبر عن ذلك بعبارة مختلفة تعرف بمراجعته[1] .

وزاد شيخنا الإمام البلقيني علىٰ ذلك فقال : **الأرجح على القديم** : جواز العفو قبل الطلاق ؛ لعدم التقييد في الآية ، والعفو مع قيام الصحبة سبب لدوامها غالباً ، بخلاف ما بعد الطلاق ؛ فإن فائدته متوهمة ، وهو الحمل بذلك على الرغبة فيها .

الشرط الثالث : أن يكون الصداق ديناً **على الصحيح** ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : اشتراط الدين يخالفه ظاهر القرآن .

فصل

[في المتعة]

٣٧٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : **(وإن طلقت بعد المسيس . . فهل لها المتعة مع المهر ؟ فيه قولان) أظهرهما** : الوجوب ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، وعن علي رضي الله عنه : إيجاب المتعة لكل مطلقة[3] .

قال السبكي : وهو عندي قوي جداً ؛ لظاهر الآية .

٣٧٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : **(وكل فرقة وردت من جهة الزوج بإسلام أوردة أو لعان أو خلع ، أو من جهة أجنبي كالرضاع . . فحكمه حكم الطلاق في إيجاب المتعة)** فيه أمران :

أحدهما : ينبغي أن يزاد في قوله : **(من جهة الزوج)** : (لا بسبب فيها) للاحتراز عن الفسخ بعيبها ، وقد أطلق « التنبيه » بعد ذلك أن الفسخ بالعيب لا متعة فيه .

ثانيهما : أن صورة الرضاع مشكلة . . فكيف تجب المتعة مع الصغر ، وقد تقرر أنها مختصة بالتفويض أو الدخول ؟! وكلاهما مستحيل ممن هي في سن الرضاع ، وصورتها في أمة صغيرة زوجها سيدها بالتفويض ، ذكره الرافعي في (الرضاع)[4] .

وبقي له شرط ، وهو : أن يكون زوجها عبداً ؛ فإن الحر لا ينكح أمة صغيرة **في الأصح** ، ذكره في « المهمات » ، ويتصور أيضاً في زوج صغير أرضعته أم الزوجة ، وعبر عن ذلك « المنهاج »

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٦٥) .

(٢) الحاوي (ص ٤٨٤) ، المنهاج (ص ٤٠١) .

(٣) أخرجه الطحاوي في « شرح مشكل الآثار » (٢/١٠٣) ، وأخرج مالك (١١٨٨) وعبد الرازق (١٢٢٤) وابن أبي شيبة (٤/١٤٠) والبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١٤٢٦٨) من حديث سيدنا ابن عمر رضي الله عنهما : أنه كان يقول : (لكل مطلقة متعة إلا التي تطلق وقد فرض لها صداق ، ولم تمس . . فحسبها نصف ما فرض) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٨٥) .

بقوله [ص ٤٠١] : (**وفرقة لا بسببها كطلاق**) و« الحاوي » بقوله [ص ٤٨٤] : (**ولمفارقة لا بسببها**) وأورد علىٰ ذلك : ما إذا اشترىٰ زوجته . . فإنه لا متعة **في الأصح** ، وقد صرح بالمسألة « التنبيه » مع أنها فرقة لا بسببها[١] ؛ ولذلك وجب لها الشطر إذا كان قبل الدخول **في الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي »[٢] ، لكن « التنبيه » ذهب إلىٰ سقوطه كما تقدم[٣] ، وهو ظاهر ببادىء الرأي ؛ فإن الضابط في وجوبها وفي التشطير شيء واحد ، وهو كون الفرقة منسوبة للزوج ؛ فيقال : إن نسبت إليه . . فينبغي إيجابهما ، أو إليها . . فينبغي نفيهما .

لكن قال الرافعي في نكاح العبد : الفرق بين المسمىٰ والمتعة : أن المسمىٰ وجب بالعقد ، والعقد جرىٰ في ملك البائع ؛ فإذا ملكها الزوج . . كان له الشطر ، والمتعة إنما تجب بالفراق ، والفراق حصل في ملك الزوج ، فكيف نوجب له علىٰ نفسه المتعة ؟ ولذلك لو باعها من أجنبي ثم طلقها الزوج قبل المسيس . . يكون نصف المهر للبائع ، ولو كانت مفوضة . . تكون المتعة للمشتري[٤] .

ويرد على « الحاوي » أنه أطلق المتعة للمفارقة ، ومحله : في المفارقة بغير الموت ، أما به . . فلا متعة ، وقد نقل الرافعي والنووي الإجماع علىٰ ذلك[٥] ، لكن حكى الواحدي في تفسيره « البسيط » قولين في المفوضة إذا مات عنها زوجها قبل الدخول والفرض .

٣٨٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**وتقدير المتعة إلى الحاكم يقدرها علىٰ حسب ما يرىٰ ، على الموسع قدره وعلى المقتر قدره**) يقتضي اعتبار حال الزوج فقط ، **والأصح** : اعتبار حالهما ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٦] .

فَصْلٌ

[في الاختلاف]

٣٨٠١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**وإن اختلفا في قدر المسمىٰ . . . تحالفا**) كذلك لو اختلفا في صفته ، وقد صرح به « المنهاج »[٧] ، واستغنىٰ بالصفة عن الجنس كدراهم أو دنانير ؛ فإنهما

---

(١) التنبيه (ص ١٦٨) .
(٢) الحاوي (٤٨٢) .
(٣) التنبيه (ص ١٦٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٠٨) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٢٩) ، و« الروضة » (٧/٣٢١) .
(٦) الحاوي (ص ٤٨٤) ، المنهاج (ص ٤٠٢) .
(٧) المنهاج (ص ٤٠٢) .

يتحالفان أيضاً ، وقد تناول ذلك جميعه قول « الحاوي » في البيع [ص ٢٨٨] : (**في صفة عقد**) .

٣٨٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**ويبدأ بيمين الزوج ، وقيل : فيه ثلاثة أقوال**) **الأصح** : طريقة الأقوال ، **وأصحها** : البداءة بالزوج ، والخلاف في الاستحباب **في الأصح** ، وقد صرح به « الحاوي »[1] .

٣٨٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ١٦٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٨٤] : (**ويتحالف وارثاهما**) ، قد يفهم أنه كتحالف الزوجين ، وليس كذلك ؛ فإن الزوجين يحلفان على البت في النفي والإثبات ، والوارثان يحلفان على البت في الإثبات ، ونفي العلم في النفي ، قال الرافعي : وأحسن بعض الشارحين فقال في الوارث : عندي أنه يحلف على البت فيهما ؛ لأن من قطع بألف . . قطع بأنه غير ألفين ، فلا معنىٰ لقوله : لا أعلم أنه نكحها بألفين مع قوله : ولقد نكحها بألف[2] .

ويجوز أنه جرىٰ عقدان ، وذلك يمنعه من القطع بالنفي ، بخلاف العاقد نفسه ، وفي « النهاية » وغيرها : تحلف المرأة يميناً يشتمل على الجزم ونفي العلم فتقول : لا أعلم أبي زوجني بألف ، ولقد زوجني بألفين[3] .

قال شيخنا ابن النقيب: وهو ظاهر ؛ لأنها تحلف علىٰ فعل غيرها لا سيما من زوجت صغيرة[4] .

٣٨٠٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**فإذا حلفا . . لم ينفسخ النكاح ، ووجب مهر مثل**) يفهم أن الصداق ينفسخ بنفس التحالف ، وليس كذلك ؛ بل لا بد من فسخه ، وحينئذ . . فيجب مهر مثل ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٠٢] : (**ثم يُفسخ المهر ويجب مهر مثل**) و« الحاوي » [ص ٢٨٨] : (**ثم فسخ الحاكم أو من أراد منهما**) .

٣٨٠٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٨٤] : (**ولو ادعت تسمية فأنكرها . . تحالفا في الأصح**) ، قال الرافعي : إنما يحسن وضع المسألة إذا ادعت أكثر من مهر المثل ؛ أي : لأنه بإنكار التسمية يقول : الواجب مهر المثل ؛ فيتفقان[5] .

قال ابن الرفعة : بل يحسن الإيراد ، وإن ادعت قدر مهر المثل إذا كان من غير نقد البلد .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ويحسن وضعها إذا كان المسمىٰ معيناً ، ولو كان يساوي مهر المثل أو أنقص منه .

---

(١) الحاوي (ص ٢٨٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٣٤) .
(٣) نهاية المطلب (١٣/ ١٣٤) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٨٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٣٤ ، ٣٣٥) .

قال الرافعي : **والقياس** : مجيء الوجهين في عكسه[1] .

قال شيخنا ابن النقيب : وينبغي أن يصور بما إذا ادعىٰ دون مهر المثل علىٰ قياس ما تقدم[2] .

قلت : أو قدره من غير نقد البلد أو عيناً معينة كما تقدم .

واعلم : أن صورة المسألة : ألاَّ يدعي التفويض ؛ فإن ادعاه . . فكذلك إن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد ، وإلا . . فالأصل عدم التسمية من جانب والتفويض من جانب ، كذا في « أصل الروضة »[3] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : لم يبين فيه الحكم ، وكأنه أحاله علىٰ ما إذا اختلفا في عقدين ؛ فإن كلاً يحلف علىٰ نفي مدعى الآخر .

٣٨٠٦ـ قولهما أيضاً : (**ولو ادعت نكاحاً ومهر مثل فأقر بالنكاح وأنكر المهر أو سكت . . فالأصح : تكليفه البيان**)[4] عبارة « أصل الروضة » : حكى الغزالي وجهين ـ أي : في « الوجيز » ـ **أحدهما** ـ وينسب إلى القاضي حسين ـ : لها المهر إذا حلفت ، **وأصحهما** عند الغزالي : لا ، بل يتحالفان ؛ لأنه قد ينكحها بأقل متمول ، وما قاله لا يكاد يتصور ؛ فإن التحالف : أن يحلف كل علىٰ إثبات ما يدعيه ونفي ما زعمه صاحبه ، والمفروض من الزوج إنكار مطلق ، ولم يذكر الروياني الخلاف هٰكذا بل قال : قال مشايخ طبرستان : يصدق الزوج وعليها البينة ، **والحق** : أنه لا يسمع إنكاره ؛ لاعترافه بما يقتضي المهر ، ولكن يكلف البيان ، قال : ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون به ، وهو القويم . انتهىٰ[5] .

وهو بالواو من الاستقامة ، وصحفه بعضهم بالدال ، وقال : فالجديد إذاً خلافه ، وقد ظهر أن مقابل الأصح : تصديق الزوج أو هي أو التحالف ، قيل : ولا يعرف حكاية التحالف وجهاً إلا في « الوجيز »[6] ، وذكره في « الوسيط » و« البسيط » إشكالاً بعد نقله مقالة القاضي[7] .

وقال شيخنا ابن النقيب : هٰذه المسألة قريبة الشبه من التي قبلها في المعنىٰ وإن اختلفا في الصورة ، فليحرر الفرق بينهما[8] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٣٥) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٩٠) .
(٣) الروضة (٧/ ٣٢٤) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٥) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٢) .
(٥) الروضة (٧/ ٣٢٥) ، وانظر « الوجيز » (٢/ ٣٧) .
(٦) الوجيز (٢/ ٣٧) .
(٧) الوسيط (٥/ ٢٧١) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ١٩٢) .

قلت : هناك إنما أنكر التسمية ، ومقتضاه : لزوم مهر المثل ، فإذا كان مدعاها زائداً عليه أو من غير جنسه.. فقد اختلفا في المهر فتحالفا ، وأما هنا.. فإنه أنكر المهر أصلاً ، ولا سبيل إليه مع الاعتراف بالنكاح ؛ فلهٰذا كان **الأصح** : تكليفه البيان ، فإن ذكر أنقص مما ذكرت.. جاء التحالف ، وإن أصر على الإنكار.. حلفت وقضىٰ لها .

٣٨٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٢] : (**ولو اختلف في قدره زوجٌ ووليُّ صغيرةٍ أو مجنونةٍ.. تحالفا في الأصح**) إنما يحلف الولي إذ ادعىٰ زيادة علىٰ مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل ، أما إذا اعترف الزوج بزيادة علىٰ مهر المثل.. فلا تحالف ؛ لئلا يرد إلىٰ مهر المثل ، وكذا إذا ادعىٰ دون مهر المثل ؛ فإن مهر المثل يجب بلا تحالف ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٨٤] : (**أو ولي الصغيرة والمجنونة زيادة علىٰ مهر المثل ، والزوج قدره**) .

وقال في « المهمات » : لا يستقيم ذلك إذا فرعنا **على الصحيح المنصوص** : أن الزوج هو الذي يبدأ ؛ فإنه إذا حلف.. فقد أثبت بيمينه مهر المثل ، فلا يحتاج في إثباته إلىٰ يمين الولي ، ويصير كما إذا اتفقا علىٰ زيادة المسمىٰ علىٰ مهر المثل ولكن اختلفا في قدرها.. فإنه لا تحالف ، قال : وينبغي في صورة ادعائه أقل من مهر المثل التحالف .

قلت : إنما منع التحالف في صورة اتفاقهما علىٰ زيادة علىٰ مهر المثل واختلافهما في قدرها ؛ لأنه يفضي إلى النقص عما يقوله الزوج بالرجوع إلىٰ مهر المثل ، وأما في دعوى الزوج قدرهُ والولي زيادة عليه.. فلا ضرر في التحالف ، وقد يحصل النفع بمشروعيته ؛ بأن ينكل الزوج فينفرد الولي بالحلف ويأخذ لها الزيادة .

وقول شيخنا : إن **الصحيح** : أن الزوج هو البادىء ، فهٰذا أولاً : استحباب كما تقدم ، وثانياً : أنه سواء بدأ أو ثنىٰ لا تكمل القضية إلا بوجود اليمينين ، وأما صورة ادعائه أقل من مهر المثل.. فيظهر ما قاله الرافعي : إن كان الذي ادعاه الولي مهر المثل[1] ، وما قاله شيخنا : إن كان أكثر منه ؛ لما قررناه من عدم الضرر مع احتمال النفع بتقدير النكول ، وإذا جعلت هٰذا ضابط التحالف هنا.. اتضح لك أمره ، والله أعلم .

ثم حكى الرافعي عن الحناطي في دعوى الولي مهر المثل أو أكثر وذكر الزوج أكثر من ذلك وجهين في أنهما يتحالفان أو يؤخذ بما يقوله الزوج[2] ، قال شيخنا في « المهمات » : لا وجه للتحالف .

قلت : هو كما قال ، والله أعلم .

٣٨٠٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٤] : (**أو قال : « أصدقتك أباك » ، وقالت : « أمي »..**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٣٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٣٨) .

تحالفا) حكى الرافعي في « الكبير » تصحيحه عن الغزالي[1] ، وأرسل تصحيحه في « الصغير » وفي « أصل الروضة »[2] ، وفي « المهمات » : أنه ينبغي الجزم به ؛ لأن في الرافعي في التحالف في البيع : أنه إن كان الثمن معيناً . . تحالفا بلا خلاف ، والبضع هنا معين .

٣٨٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٢] : (**ولو قالت : « نكحني يوم كذا بألف ، ويوم كذا بألف »** ، **وثبت العقدان بإقراره أو بينة . . لزم ألفان**) كذا لو ثبتا بيمينها بعد نكوله ، وقول « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**وإن أتت ببينة ألفين**) . . لم يذكر فيه الإقرار ولا اليمين المردودة .

وقد يقال : أراد بالبينة : بيان ذلك بأحد الطرق الثلاثة لا خصوص البينة ، ولا يمكن ذلك في عبارة « المنهاج » لضمه الإقرار إلى البينة .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لزوم الألفين مشكل ؛ لأن الفرقة لا بد منها لصحة العقد الثاني ، والأصل عدم الدخول ، فإلزام ألف عن العقد الأول مع إثبات الفرقة يخالف الأصل المذكور ؛ لا يقال : قد تحقق مسمى العقد والأصل البقاء ؛ لأن الفرقة المقدرة تمنع هٰذا الأصل ، لا يقال : فعلى الزوج دعوى المسقط ؛ لأنا نقول : على القاضي أن يحتاط لحكمه بالإلزام فيستفصل أهناك دخول أم لا ؟ وقد قال الماوردي : إنه لا ينبغي للحاكم أن ينبهه عليه[3] ، ومقتضاه : أن الحاكم يلزم بالألفين ، ولا ينبه الزوج ، وهو من المشكلات ، وفي الرافعي تشبيهه بمطالبة المودع بالوديعة حتىٰ يدعي تلفاً أو رداً[4] وفيه نظر ؛ للزوم تقدير الفرقة هنا ، فلزم الاستفصال ، والزوج يدعي أن لا فرقة . . فكيف يحسن أن يقول : لم أدخل ؟

٣٨١٠ـ قولهما أيضاً : (**وإن قال : « كان الثاني تجديد لفظٍ لا عقداً » . . لم يقبل**)[5] لكن له تحليفها علىٰ نفي ذلك في **الأصح** ، وقد صرح به « الحاوي »[6] .

استشكله شيخنا الإمام البلقيني : بأنه تعارض هنا أصل ـ وهو بقاء النكاح الأول وبراءة ذمة الزوج من صداق الثاني ـ وظاهر ـ وهو أن النكاح الثاني جرىٰ على الصحة ـ فينبغي تخريجه علىٰ تقابل الأصل والظاهر ، قال : وأيضاً فيجوز أن يكون الطلاق رجعياً ، واستعمل الزوج مع الولي لفظ الإنكاح بصداق ، فيتجه خلاف دعوى الصحة والفساد .

* * *

---

(١) فتح العزيز (٨/٣٤١) .

(٢) الروضة (٧/٣٢٩) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٤٦٦) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٤٠) .

(٥) انظر « الحاوي » (٤٨٥) ، و« المنهاج » (٤٠٢) .

(٦) الحاوي (ص ٤٨٥) .

باب الوليمة

٣٨١١ـ كذا بوب في « التنبيه »[١] ، وبوب صاحب « النبيه » (باب مأدبة العرس) ، وعلله في « التنويه » بأمرين :

أحدهما : أن الأكثر علىٰ أن الوليمة لا تختص بالعرس ، بل هي عامة في كل دعوة ، وليس ذلك بمراد هنا .

الثاني : أن فيه بيان أن المأدبة عامة في كل دعوة ، وعقد له « المنهاج » فصلاً في آخر (الصداق)[٢] .

٣٨١٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**الوليمة على العرس واجبة علىٰ ظاهر النص ، وقيل : لا تجب ، وهو الأصح**) بيّن أن الأصح : خلاف ظاهر النص ، وفي « المنهاج » [ص ٤٠٢] : (**وليمة العرس سنة ، وفي قول أو وجه : واجبة**) ، وفي « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**الوليمة سنة**) ، ولم يقيد ذلك بالعرس ، والتردد في أن مقابل الأصح : قول أو وجه ، سبقه إليه الرافعي[٣] ، **وصحح** الجرجاني في « الشافي » : أن الخلاف قولان ، **والمذهب** : القطع في سائر الولائم بندبها ، وطرد بعضهم فيها قول الوجوب ، وهو بعيد .

٣٨١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**والسنة أن يولم بشاة ، وبأيّ شيء أولم من الطعام . . جاز**) حكىٰ في « أصل الروضة » عن ابن الصباغ وغيره : أن أقلها للمتمكن : شاة ، ولغيره : ما يقدر عليه[٤] ، وفي « التحرير » للجرجاني : يستحب شاة سليمة من العيوب ، ينزع لحمها من العظم ولا يكسر ، ويفرق لحمها على الفقراء ، ويطبخ منه ، ويُطْعِم[٥] .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : ولم أر هٰذه الأوصاف إلا له .

٣٨١٤ـ قوله : (**ومن دُعي إلىٰ وليمة . . لزمه الإجابة**)[٦] قال في « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**وإنما تجب أو تسن بشرط : ألا يخص الأغنياء ، وأن يدعوه في اليوم الأول ، وألا يحضره لخوف أو طمع في جاهه ، وألا يكون ثم من يتأذىٰ به ولا تليق به مجالسته ولا منكر ، فإن كان يزول بحضوره . . فليحضر**) وذكر « الحاوي » هٰذه الشروط الخمسة بزيادة سادس ، وهو : أن يكون

---

(١) التنبيه (ص ١٦٨) .
(٢) المنهاج (ص ٤٠٢) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٤٥) .
(٤) الروضة (٧/٣٣٣) .
(٥) التحرير (١/١٩٩) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٦٨) .

الداعي مسلماً[1] ، وذكر « التنبيه » في بقية الباب منها ثلاثة : أن يُدعىٰ في اليوم الأول ، وأن يكون الداعي مسلماً ، وألا يكون هناك معصية لا يقدر علىٰ إزالتها[2] .

وبقيت عليهم شروط أخرىٰ :

أحدها : أن يخصه بالدعوة ؛ فلو قال : ليحضر من شاء ، أو قال لمعين : أحضر من شئت ، فقال لغيره : (أحضر) . . لم تجب الإجابة ، ولا تستحب ، وقد يقال : علم هـٰذا من قولهم : (دعي) فإن هـٰذا لم يدع ، وإنما مكن من الحضور ، وذكر في « البحر » أنه لو قال : إن رأيت أن تحملني . . لزمته الإجابة .

ثانيها : ألاَّ يعتذر إلى الداعي ويرضا بتخلفه ؛ فإن كان كذلك . . زال الوجوب ، قال في « التوشيح » : كذا أطلقوه ؛ فهل هو علىٰ إطلاقه وإن اعتذر بما ليس عذراً لرضا الداعي ، أو لا يجوز له الاعتذار إلا بعذر شرعي ؟ فيه نظر .

قلت : **الصواب** الأول ؛ لأن العذر الشرعي كاف في عدم الوجوب ، لا يحتاج معه إلىٰ رضا الداعي ، والمسقط هنا رضاه فقط ؛ لأن الحق له ؛ فلو غلب علىٰ ظنه أن الداعي لا يتألم بانقطاعه . . ففيه تردد ، حكاه في « الذخائر » .

ثالثها : ألاَّ يسبق الداعي غيره ، فإن دعاه اثنان . . أجاب الأسبق ، فإن جاءا معاً . . أجاب الأقرب رحماً ، ثم داراً .

رابعها : ألاَّ يدعوه من أكثر ماله حرام ، فمن هو كذلك . . تكره إجابته ، فإن علم أن عين الطعام حرام . . حرمت ، وإلا . . فلا ، قال في « التتمة » : فإن لم يعلم حال الطعام وغلب الحلال لم تتأكد الإجابة أو الحرام أو الشبهة . . كرهت . انتهىٰ .

وفيما ذكره في الشبهة نظر .

خامسها : قال إبراهيم المروزي : لو دعته أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها ، ولم تخل به ، بل جلست في بيت وبعثت الطعام مع خادم إليه إلىٰ بيت آخر من دارها . . لم يجبها مخافة الفتنة ، حكاه عنه في زيادة « الروضة » ، وأقره[3] .

قال السبكي : وهو **الصواب** ، إلا أن يكون الحال علىٰ خلاف ذلك كما كان سفيان الثوري وأضرابه يزورون رابعة العدوية ، ويسمعون كلامها ، قال : فإذا وجدت امرأة مثل رابعة ورجل مثل سفيان . . لم يكره لهما ذلك .

---

(١) الحاوي (ص ٤٨٥) .
(٢) التنبيه (ص ١٦٩) .
(٣) الروضة (٧/ ٣٣٧) .

قلت : أين مثل سفيان ورابعة ؟! بل الضابط : أن يكون الحضور إليها لأمر ديني مع أمن الفتنة ، وقال في « المهمات » : إن أراد المروزي : تحريم الإجابة . . فممنوع ، وأن أراد : عدم الوجوب . . فلا حاجة لتقييده بعدم وجود محرم ؛ لأن هنا مانعاً آخر من الوجوب ، وهو عدم العموم . انتهىٰ بمعناه .

سادسها : ألاَّ يكون المدعو قاضياً .

سابعها : قال الماوردي : يشترط أن يكون الداعي مكلفاً حراً رشيداً ، وإن أذن ولي المحجور . . لم تجب إجابته أيضاً ؛ لأنه مأمور بحفظ ماله ، ولو أذن سيد العبد . . فكالحر[(١)] .

ثامنها : أن يكون المدعو حراً ، فلو دعا عبداً . . لزمه إن أذن سيده ، وكذا المكاتب إن لم يضر حضوره بكسبه ؛ فإن ضر وأذن سيده . . فوجهان ، والمحجور كالرشيد .

تاسعها : ألاَّ يكون معذوراً بمرخص في ترك الجماعة ، ذكره الماوردي والروياني ، قالا : ولو اعتذر بِحَرٍّ أو بردٍ ؛ فإن منعا غيره من التصرف . . عذر ، وإلا . . فلا[(٢)] .

عاشرها : قال في « التوشيح » : ينبغي أن يتقيد أيضاً بما إذا دعاه في وقت استحباب الوليمة دون ما إذا دعاه في غير وقتها ، قال : ولم نر في صريح كلام الأصحاب تعين وقتها[(٣)] ، واستنبط الوالد رحمه الله من قول البغوي : ضرب الدف في النكاح جائز في العقد والزفاف قبل وبعد ، قريباً منه أن وقتها موسع من حين العقد ، قال : والمنقول عن فعل النبي صلى الله عليه وسلم : أنها بعد الدخول . انتهىٰ .

وبوب البيهقي في « سننه » علىٰ وقت الوليمة ، وذكر فيه حديث أنس : (بنىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأرسلني ، فدعوت رجالاً . . .) الحديث[(٤)] ، وقال النووي في « شرح مسلم » : اختلف العلماء في وقت فعلها ، فحكى القاضي عياض : أن الأصح عند مالك وغيره : أنه يستحب فعلها بعد الدخول ، وعن جماعة من المالكية : استحبابها عند العقد وعن ابن حبيب : استحبابهما عند العقد وبعد الدخول ، ثم قال بعد ذلك بنحو ورقتين : سبق أنها تجوز قبل الدخول وبعده . انتهىٰ[(٥)] .

ولم يسبق له ذلك ، ثم إن أريد : أنه لا تجب الإجابة فيما إذا عملت الوليمة قبل العقد . . فهو

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٥٥٨) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٥٥٩) .

(٣) في حاشية (ج) : (**فائدة** : وما نفاه من تصريح الأصحاب متعقب بأن الماوردي صرح بأنها عند الدخول . انتهىٰ من « فتح الباري » [٩/ ٢٣١]) .

(٤) سنن البيهقي الكبرىٰ (٧/ ٢٦٠) حديث (١٤٢٨٥) .

(٥) شرح مسلم (٩/ ٢١٧ ، ٢٢٢) .

واضح ، ولكن لا يحتاج إلىٰ ذكره ؛ لأنها ليست وليمة عرس ، وإن أريد : أنا إذا استحببنا أن يكون بعد الدخول فعملت قبله ، لا تجب الإجابة . . فهو ممنوع ؛ لأنها وليمة عرس ، وإن عدل بها صاحبها عن الأفضل . . فهو كمن أولم بغير شاة مع التمكن منها ، فإن صح هـٰذا الشرط . . كملت الشروط ستة عشر .

وقد أورد على « التنبيه »[1] أن مقتضاه : اطراد ذلك في سائر الولائم ، وليس كذلك **على المذهب** ؛ ولهـٰذا قيد « المنهاج » بوليمة العرس[2] ، ولا يرد ذلك عليه ؛ لأنه قيدها في أول كلامه بوليمة العرس . . فانحط عليه بقية كلامه .

نعم ؛ يرد ذلك على « الحاوي » فإنه أطلق أولاً وآخراً[3] ، لكنه إنما أراد : وليمة النكاح ؛ لأن الوليمة وإن استعملت في كل دعوة لسرور حادث . . **فالأشهر** : استعمالها عند الإطلاق في النكاح وتقيد في غيره ، وهـٰذا إن نفعه في وجوب الإجابة . . ورد عليه في سنية الوليمة ؛ فإنه لا يختص بالعرس ، علىٰ أن الشيخ أبا حامد والمحاملي وصاحب « البيان » طردوا الوجوب في بقية الولائم[4] ، واختاره السبكي لظواهر الأحاديث .

٣٨١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**بشرط : ألاَّ يخص الأغنياء**) قد يرد عليه : أن المعتبر أن يدعو جميع عشيرته أو جيرانه أو أهل حرفته غنيهم وفقيرهم ، فلو كانوا كلهم أغنياء . . استمر وجوب الإجابة مع أنه خص الأغنياء ، لكن لم يخصهم من حيث إنهم أغنياء ، بل من حيث إنهم عشيرته ، وعبر « الحاوي » عن ذلك بقوله [ص ٤٨٥] : (**في عامتها**) ، والمراد بالعموم : ما ذكرناه ، لا عموم جميع الناس ؛ فإنه متعذر .

وقال ابن داوود : لو خصه دون نظرائه الذين يوحشهم تخصيصه . . لم تلزمه الإجابة ، وقد يقال : هـٰذا شرط غير ما تقدم ؛ لأن نظراء المدعو الذين يوحشهم تخصيصه قد لا يكونون من عشيرة الداعي ولا جيرانه ولا أهل حرفته ، وفيه بعد ؛ فإنهم لا يكونون نظراءه إلا بمشاركته في أحد هـٰذه الأمور كما شارك هو الداعي في أحدها .

٣٨١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**فإن أولم ثلاثة . . لم تجب في الثاني**) لا يلزم منه استحباب الإجابة ، ومثله في ذلك عبارة « الحاوي »[5] ، وصرح « التنبيه » باستحبابها[6] ، قال

---

(١) التنبيه (ص ١٦٨) .
(٢) المنهاج (ص ٤٠٢) .
(٣) الحاوي (ص ٤٨٥) .
(٤) البيان (٩/٤٨٢) .
(٥) الحاوي (ص ٤٨٥) .
(٦) التنبيه (ص ١٦٨) .

الرافعي : واستحبابها فيه أخف ـ أي : من الأول ـ إن قيل : بندبه[1] ، وفي « التعجيز » في وجوب إجابة يومين قولان ، قال في « شرحه » : **أصحهما** : الوجوب ، وبه قطع الجرجاني ، قال : وقال سائر النقلة : يكره في الثاني كالثالث ، والأول أصح عندي ؛ لوصف النبي صلى الله عليه وسلم الثاني بأنه معروف .

قال شيخنا ابن النقيب : فأغرب بالخلاف في إيجاب الثاني وكراهته ، ولم أره لغيره[2] .

٣٨١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨ ، ١٦٩] : **(ومن دُعي في اليوم الثالث . . فالأولىٰ له ألاَّ يجيب)** في «المنهاج» [ص ٤٠٣] : **(إنه يكره)** ، وقال السبكي : ظاهر عبارة « التنبيه » أنه سواء كان المدعو في اليوم الثالث هو المدعو في اليوم الأول أم لا ، وظاهر عبارة « البيان » : أنه إنما يكره إذا كان هو المدعو أولاً، قال: ولا تصريح في كلام أصحابنا بذلك، وإنما رأيت للمالكية فيه خلافاً . انتهىٰ[3] .

وقال بعضهم : فيه وجهان حكاهما ابن يونس في « تعجيزه » .

وقال شيخنا ابن النقيب : إن الثاني بعيد ؛ فإن الفاعل وصفه النبي صلى الله عليه وسلم بالرياء ، فلا يساعد عليه[4] .

٣٨١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] و« الحاوي » [ص ٤٨٥] : **(وألا يكون ثم من يتأذىٰ به)** مخالف لقول الماوردي : ليس من الشروط ألاَّ يكون عدواً للمدعو ، ولا أن يكون في الدعوة من هو عدو له[5] ؛ فأي تأذ أشد من مجالسة العدو ، والظاهر أن ما ذكره الماوردي غير معتمد ، وكذلك قول الروياني : إن الزحام ليس عذراً ؛ فإنه مما يتأذىٰ به .

٣٨١٩ـ قوله « التنبيه » [ص ١٦٩] : **(وإن دُعي إلىٰ موضع فيه معاص من زمر أو خمر ولم يقدر علىٰ إزالته . . فالأولىٰ ألاَّ يحضر ، فإن حضر . . فالأولىٰ أن ينصرف ، فإن قعد ولم يستمع واشتغل بالحديث والأكل . . جاز)** هـٰذا طريق العراقيين ، وحكاه البيهقي عن أصحابنا ، وقال المراوزة : لا يجوز الحضور ، وصححه الرافعي والنووي[6] ، وزاد في « الروضة » : أن الأول غلط لا يثبت عن كل العراقيين ، وإنما قاله بعضهم ، وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه ممن ذكره . انتهىٰ[7] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٤٧) .

(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/١٩٨) .

(٣) البيان (٩/٤٨٥) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/١٩٩) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٥٥٩) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٤٨) ، و« الروضة » (٧/٣٣٤ ، ٣٣٥) .

(٧) الروضة (٧/٣٣٥) .

ونازعه في ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : إنه ظاهر نص الشافعي في « الأم » و« المختصر » فقال : وإذا دعي الرجل إلى الوليمة وفيها المعصية من السكر وما أشبهه . . نهاهم ؛ فإن نَحَّوا ذلك عنه ، وإلا . . لم أحب له أن يجلس ، وإن علم قبل أن ذلك عندهم . . فلا أحب له أن يجيب ، ولا يدخل مع المعصية ، قال : وجزم به الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وصاحب « البيان » وغيرهم ، وحكىٰ فيه الماوردي والروياني وجهين ، ورجحا المنع وليسا من العراقيين . انتهىٰ[1] .

وإذا فرعنا علىٰ تحريم الحضور فلم يعلم حتىٰ حضر . . نهاهم ؛ فإن لم ينتهوا . . فليخرج ، وفي جواز القعود وجهان ، كذا في « الروضة » ، وزاد : أن **أصحهما** : التحريم[2] .

واعترضه شيخنا ابن النقيب : بأنه هو مخالف للرافعي من وجهين :

أحدهما : تفريعه الوجهين على الوجه القائل بالتحريم في التي قبلها ، والرافعي لم يفرعهما عليه ؛ يؤخذ ذلك من قوله : فيه الوجهان .

والثاني : تنكيره الوجهين ، فاحتاج إلى التصحيح ، وظاهر « الشرح » التصحيح ؛ فإنه عرفهما تعريف العهد[3] .

واقتصر في « المهمات » على الاعتراض الأول ، وقال : فإن جوزنا الحضور . . جوزنا العقود ، وإلا . . فلا ، وهو **المتجه** في المعنىٰ .

قلت : وقد يقال : إن ظاهر عبارة الرافعي أن هـٰذا من تتمة الوجه الثاني ؛ فهو مفرع عليه ، وتوجيه تجويز القعود إذا لم يعلم مع التفريع علىٰ منع الدخول إذا علم أنه قد يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء ، والشارع إنما أمر في إنكار المنكر بفعله باليد ثم باللسان ثم بالقلب ، ولم يأمر بمفارقة مكان المنكر ، والله أعلم .

فإن كان هناك نبيذ مختلف فيه فشربه من يعتقد حرمته . . أنكر عليه **في الأصح** ، أو من يعتقد حله . . فالمنقول : أنه لا ينكر ، واختار السبكي الإنكار ؛ لضعف دليله .

٣٨٢٠ـ قول « الحاوي » في تمثيل المنكر [ص ٤٨٥] : (**كفرش حرير**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**فراش حرير**) لأن المحرم الفرش الذي هو المصدر لا الفراش نفسه ؛ فقد يكون مطوياً ولا إنكار فيه ، ثم محل ذلك : في الفرش للرجال ، أما النساء . . **فالأصح** : حل افتراشهن ، خلافاً للرافعي[4] ؛ فلو كانت الدعوة للنساء . . لم يكن هـٰذا من المنكر على الأول .

---

(١) الأم (٦/ ١٨١) ، مختصر المزني (ص ١٨٤) ، البيان (٩/ ٤٨٧) ، الحاوي الكبير (٩/ ٥٦٢ ، ٥٦٣) .

(٢) الروضة (٧/ ٣٣٥) .

(٣) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/ ٢٠٠) ، وانظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٤٨) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٤٨) .

٣٨٢١ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**وإن حضر في موضع فيه صور حيوان ؛ فإن كان علىٰ بساط يداس أو مخاد توطأ . . جلس ، وإن كان علىٰ حائط أو ستر معلق . . لم يجلس**) فيه أمور :

أحدها : أنه سكت عن بيان حكم غير الأربعة المذكورة ؛ لكنه يلحق بكل من القسمين ما هو في معناه ، وقد زاد « المنهاج » في الأول : الأرض ، وفي الثاني : السقف والوسادة والثوب الملبوس[١] .

وبقي من الأول : الطبق والخوان[٢] والقصعة ، ذكرها الرافعي بحثاً[٣] ، وصرح الغزالي بالأولين ، فقال في « الإحياء » : لا بأس بالطبق والخوان[٤] ، وأتى « الحاوي » بما يقتضي الحصر فقال [ص ٤٨٥] : (**وصور حيوان لا علىٰ فرش ومتكإٍ**) فيرد عليه الأرض والطبق والخوان والقصعة ، وتعبيره بالمتكأ بيان لمراد « التنبيه » بقوله [ص ١٦٩] : (**مخاد توطأ**) فالمراد بوطئها : الاتكاء عليها لا دوسها ، وعبر « المنهاج » في الجائز بالمخدة ، وفي الممنوع بالوسادة[٥] ، وهما لفظان مترادفان ، فصار لفظه مشكلاً ، ومراده : الجواز في المخدة الصغيرة التي يتكأ عليها ، والمنع في الوسادة الكبيرة المنصوبة ، كما عبر به في « أصل الروضة »[٦] ، وتعبيره في « المنهاج » لا يدل عليه ، وتردد في « المهمات » في الإبريق ؛ لكونه يمتهن بالاستعمال ، لكن لا يجعل عليه شيء ، ومال إلى المنع ، فقال : إنه **المتجه** ، وعندي : أن الدنانير الرومية التي عليها الصور من القسم الذي لا ينكر ؛ لامتهانها بالإنفاق والمعاملة ، وقد كان السلف رضي الله عنهم يتعاملون بها من غير نكير ، فلم تحدث الدراهم الإسلامية إلا في زمن عبد الملك بن مروان كما هو معروف ، وهـٰذا الذي ذكرناه من التفصيل هو المعروف في المذهب .

واستشكل السبكي الجواز في المفرش ونحوه ، وأوّل الأحاديث التي فيه ، وقال : حديث : « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة »[٧] علىٰ عمومه . انتهىٰ .

وهو علىٰ بعده من المذهب بعيد من الدليل ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم أقر عائشة رضي الله عنها علىٰ جعل الستر الذي فيه تصاوير مرفقتين ، وكان يرتفق عليهما مع إنكاره عليها تعليقه ستراً ، والحديث في « صحيح مسلم » وغيره ، لكن قوى النووي في « شرح مسلم » تحريم استعمال

---

(١) المنهاج (ص ٤٠٣) .

(٢) **الخوان** : الذي يأكل عليه ، معرب . انظر « لسان العرب » (١٣/ ١٤٦) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٤٨ ، ٣٤٩) .

(٤) إحياء علوم الدين (٢/ ٣٤٠) .

(٥) المنهاج (ص ٤٠٣) .

(٦) الروضة (٧/ ٣٣٥) .

(٧) أخرجه البخاري (٣٠٥٣) ، (٣١٤٤) ومسلم (٢١٠٦) .

الصورة ولو في الفرش ، وقال : **إن الأظهر** : امتناع الملائكة من دخول البيت الذي فيه صورة مطلقاً[1] ، فللسبكي في ذلك سلف وإن كان الحق خلاف ما قال ؛ لما ذكرناه ، والله أعلم .

ثانيها : لو قال : (لم يدخل) . . لكان أحسن ؛ فإن تعبيره يوهم الدخول من غير جلوس ، وليس كذلك .

ثالثها : إذا حملنا الجلوس على الدخول . . فظاهره تحريم الدخول فيما فيه الصور المنصوبة ، وهو مفهوم من قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**إنه من المنكر**) ، وبه صرح « الحاوي » فقال [ص ٤٨٥] : (**ويحرم الحضور**) وهٰذا هو الذي يقتضيه نظم « الوجيز »[2] ، وحكاه في « البيان » عن عامة الأصحاب[3] ، لكن في « الشرح الصغير » عن الأكثرين : أنهم مالوا إلى الكراهة ، وكلامه في « الكبير » يفهمه[4] ، وادعىٰ في « المهمات » أنه الصواب ، ويفهم من ذلك حكم الحضور فيما فيه فرش حرير .

رابعها : محل المنع : ما لم يكن مقطوع الرأس كما صرح به « المنهاج »[5] ، ولم يذكره « الحاوي » أيضاً ، وقد يقال : يخرج بقطع الرأس عن أن يكون صورة حيوان ، قال في « أصل الروضة » : ولو كانت الصورة في الممر دون موضع الجلوس . . فلا بأس بالدخول والجلوس ، ولا تترك الإجابة لذلك[6] .

قال السبكي : ولعله فيمن لا يقدر علىٰ إزالته ، وإلا . . فينبغي أن يلزمه إزالته .

قلت : الكلام في إجابة الدعوة ، ولا شك في أنه لا يمتنع منها بأن في طريقه مُحَرَّماً ، والذي في الممر هو في طريقه ، وأما تغيير المنكر : فمعروف في موضعه ، وليس الأصحاب في هٰذا الموضع بصدد بيان حكمه ، والله أعلم .

٣٨٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**ويحرم تصوير حيوان**) ، أي : مطلقاً ، وفي « المحرر » : (على الحيطان ونحوها)[7] ، لكن **صحح النووي** في زيادة « الروضة » : تحريمه في الأرض ونسج الثياب ونحوها[8] ؛ فلذلك أطلق في « المنهاج »

---

(١) شرح مسلم (١٤/ ٨١) .
(٢) الوجيز (٢/ ٣٨) .
(٣) البيان (٩/ ٤٨٨) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٣٥٠) .
(٥) المنهاج (ص ٤٠٣) .
(٦) فتح العزيز (٨/ ٣٥٠) .
(٧) المحرر (ص ٣١٧) .
(٨) الروضة (٧/ ٣٣٦) .

تحريمه ، وحكى الرافعي فيه وجهين بلا ترجيح من عنده[1] .

٣٨٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**وإن دُعي مسلم إلىٰ وليمة كافر . . لم تلزمه الإجابة**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**تجب إجابة المسلم**) لأنه قد يدخل في عبارته الكافر إذا دعاه المسلم مع أنه لا تلزمه الإجابة جزماً كما قال الماوردي والروياني ، وعللاه بأنه لم يلتزم أحكامنا إلا عن تراض ، وقيد « التنبيه » المدعو بكونه مسلماً[2] ، وهو المتبادر إلى الفهم من عبارة « الحاوي » وإن لم يصرح به[3] ، فلو رضي ذميان بحكمنا . . أخبرناهما بإيجاب الإجابة ، وهل يجبر المدعو أم لا ؟ فيه قولان ، ذكره الماوردي والروياني .

٣٨٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**ولا تسقط إجابة بصوم**) وهو مفهوم من « التنبيه » و« الحاوي »[4] ، استثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني : ما إذا كانت الدعوة في نهار رمضان في أول النهار والمدعوون كلهم مكلفون صائمون ، قال : فلا تجب الإجابة ؛ إذ لا فائدة في ذلك إلا رؤية طعامه والقعود من أول النهار إلىٰ آخره مُشق ، فإن أراد هـٰذا . . فليدعهم عند الغروب ، قال : وهـٰذا واضح .

٣٨٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**ومن دُعي وهو صائم صوم تطوع . . استحب له أن يفطر**) محله : ما إذا شق على الداعي صيامه كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، وعبر عنه في « التصحيح » بـ (**الصواب**)[6] فاقتضىٰ عدم الخلاف فيه ، لكن في « الكفاية » : أنه لا فرق بين أن يثقل على الداعي تركه أم لا ، وقال الخراسانيون : إن شق أو ألح عليه . . استحب ، وإلا . . فلا . انتهىٰ .

فخص التفصيل بالخراسانيين ، واقتضىٰ أن الإلحاح عندهم كاف في ترجيح الفطر وإن ظهر منه عدم المشقة بتركه .

٣٨٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**وإن كان مفطراً . . لزمه الأكل ، وقيل : لا يلزمه**) صحح في « الروضة » وأصلها : الاستحباب فقط[7] ، وكذا في « شرح مسلم » في (الوليمة) ، لكن

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٥٠) .
(٢) التنبيه (ص ١٦٩) .
(٣) الحاوي (ص ٤٨٥) .
(٤) التنبيه (ص ١٦٩) ، الحاوي (ص ٤٨٥) .
(٥) الحاوي (ص ٤٨٥) ، المنهاج (ص ٤٠٣) .
(٦) تصحيح التنبيه (٢/ ٤٣) .
(٧) فتح العزيز (٨/ ٣٥١) ، الروضة (٧/ ٣٣٧) .

صحح فيه في (كتاب الصوم) : لزوم الأكل[1] ، وقال في « التصحيح » : إنه **المختار**[2] ، وعلى الوجوب : فيحصل بلقمة ، وحكى الماوردي وجهاً أنه فرض كفاية ، ثم هٰذا في وليمة العرس ، ولفظ المتولي يقتضي تعميم الخلاف في سائر الولائم ، وهو منقاس علىٰ أصل من يوجب الإجابة فيها .

٣٨٢٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**ويأكل بالقرينة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**ويأكل الضيف مما قدم له بلا لفظ**) لأنه قد لا يكون هناك لفظ ولا قرينة ، بل تدل القرينة علىٰ عدم الأكل ؛ كما إذا كان ينتظر حضور غيره . . فالمنقول : أنه لا يأكل ما لم يحضر أو يأذن باللفظ .

٣٨٢٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**وجاز الرجوع قبل الأكل**) يقتضي أنه لا يملك بمجرد وضعه له ، وقد منع القفال الملك مطلقاً ، وقال : إنما هو إتلاف بإذن ، **وصححه في** « أصل الروضة » في (الأيمان) ، لكن حكيا عن الأكثرين هنا الملك[3] .

ثم هل يملك بالوضع أو بالأخذ أو بالوضع في الفم أو بالمضغ أو بالازدراد يتبين حصوله قبله ؟ أوجه ، قال في « الروضة » وأصلها : وضعف المتولي سوى الوجه الأخير[4] ، وذكر بعض شارحي « الحاوي » أن مقتضاه : ترجيح هٰذا الوجه الأخير ؛ لكن في « الشرح الصغير » : إن الذي رجح الملك بالوضع بالفم ، ومقتضىٰ ما **صححه النووي** في أخذ النثار الملك بالأخذ ، وينبني علىٰ هٰذه الأوجه التمكن من الرجوع .

قال في « المهمات » : ولا بد من استثناء العبد هنا على المعروف ، بل في جواز قبوله هٰذه الإباحة بغير إذن السيد نظر .

قلت : لا شك في الجواز مع انتفاء الضرر والريبة .

٣٨٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٨] : (**والنثر مكروه**) في « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**إنه جائز**) وتقييده ذلك بالسكر لا معنىٰ له إلا أن يكون مثالاً ، وفي « أصل الروضة » عن المسعودي : أن من ذلك نثر الدراهم والدنانير[5] ، وفي « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**ويحل نثر سكر وغيره في الإملاك ، ولا يكره في الأصح**) زاد في « أصل الروضة » : بل تركه أولىٰ[6] ، ولا يفهم ذلك من عبارة « المنهاج » ، وفي وجه : أنه مستحب .

---

(١) شرح مسلم (٢٨/٨) .
(٢) تصحيح التنبيه (٤٤/٢) .
(٣) فتح العزيز (٣٥٢/٨) .
(٤) فتح العزيز (٣٥٢/٨) ، الروضة (٣٣٨/٧ ، ٣٣٩) .
(٥) فتح العزيز (٣٥٧/٨) .
(٦) فتح العزيز (٣٥٥/٨) .

٣٨٣٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٥] : (**ولفظه**) أي : جائز ، زاد « المنهاج » [ص ٤٠٣] : (**وتركه أولىٰ**) وكذا في الروضة وأصلها[١] ، لكن نص الشافعي علىٰ أنه مكروه ، حكاه في زيادة « الروضة » في (الشهادات) بواسطة « الشامل » ، ولم يذكر هناك غيره[٢] ، ولفظه كما حكاه في « المهمات » : وأما أنا فأكرهه من قبل أنه لا يأخذه إلا بغلبة لمن حضره ؛ إما بفضل قوة ، وإما بفضل قلة حياء[٣] ، ولما ذكر في « أصل الروضة » أنه خلاف الأولىٰ . . استثنىٰ من ذلك : ما إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضهم علىٰ بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته ، ثم جزم بكراهة أخذه من الهواء بالملاء والأزر .

* * *

(١) فتح العزيز (٨/ ٣٥٥) ، الروضة (٧/ ٣٤٢) .
(٢) الروضة (١١/ ٢٣٢) .
(٣) انظر « الأم » (٦/ ٢١٠) .

كتاب القسم والنشوز

٣٨٣١ـ كذا في « المنهاج »[1] ، وزاد « التنبيه » في التبويب : (عشرة النساء) ، وصدر الباب بذكرها[2] ، ولم يذكرها « المنهاج » فلهـٰذا لم يترجم لها ، وقد يقال : لم يحتج لذلك ؛ لأن المذكور تفصيل العشرة ؛ فذكر القسم الذي هو معروف من جهته وقسيمه الجور ، وذكر النشوز الذي هو الجور من جهتها وقسيمه المعروف ، وهما تفصيل المعاشرة ؛ فإنها إما بمعروف وإما بغيره ؛ ولهـٰذا قال بعضهم : إن لفظ القسم والنشوز في « التنبيه » زيادة ، وإن عشرة النساء تغني عنه .

٣٨٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**يختص القسم بزوجات**) صوابه : يختص الزوجات بالقسم ؛ لأن الباء تدخل على المقصور ، وعبارة « المحرر » : (حق القسم للزوجات)[3] ، و« الحاوي » [ص ٤٨٦] : (**يجب القسم للزوجات**) ، ومرادهما : بالمعنى الذي فصلاه بعد ذلك ، لا أنه يجب ابتداء ، وقول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**لا يجب عليه أن يقسم لنسائه**) أي : ابتداء ، ومراد « المنهاج » : اختصاص الزوجات بوجوب ذلك ؛ فإنه مستحب في الإماء كما صرح به « الحاوي »[4] ، وقال في « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**والمستحب : ألاَّ يعطلهن ، وأن يسوي بينهن**) .

٣٨٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**ولو أعرض عن الواحدة . . لم يأثم**) و« الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**وندب المبيت لواحدةٍ**) يستثنىٰ منه : ما ذكره في « البسيط » : أنه لو بانت منه اللواتي ظلم لهن وبقيت المظلومة وحدها . . قال : عندي : أنه يقضي لها وإن كنا لا نوجب الإقامة عند الفردة ؛ لأنه حق لها استقر ؛ فلا يسقط ببينونة غيرها ، قال : ولم أر المسألة مسطورة .

واعتُرِض عليه : بأن المتولي في « التتمة » صرح بالمسألة وقال : إنه لا قضاء إلا أن يعيد المظلوم لها .

٣٨٣٤ـ قولهما : (**وتستحق القسم مريضةٌ**)[5] وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٤٨٦] : (**وإن امتنع الوطء شرعاً أو طبعاً**) ، قال شيخنا الإمام البلقيني : يستثنىٰ منه : ما إذا أراد السفر

---

(١) المنهاج (ص ٤٠٤) .

(٢) التنبيه (ص ١٦٩) .

(٣) المحرر (ص ٣١٨) .

(٤) الحاوي (ص ٤٨٧) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٤) .

بجميع نسائه فتخلفت واحدة للمرض.. فإنه لا قسم لها وإن كانت تستحق النفقة ، صرح به الماوردي[1] .

٣٨٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**لا ناشزة**) أي : ولو كانت غير آثمة بنشوزها ؛ لكونها مجنونة ، واستثنى « الحاوي » معها : المعتدة[2] ، والمراد : عن وطء شبهة ، وقد حكاه الرافعي والنووي عن المتولي من غير مخالفة ؛ وعلله في « التتمة » بحرمة الخلوة بها[3] ، وفي « المطلب » أنه تفريع على المشهور ، وهو تحريم الاستمتاع بها .

ويستثنىٰ أيضاً : المجنونة التي يخشىٰ منها ، والأمة التي لا نفقة لها عليه ، والمحبوسة كما ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وقاسه على النفقة .

وقد ذكر النووي في (النفقات) : أنه لا نفقة لها[4] ، وحكىٰ في (التفليس) عن « فتاوى ابن الصباغ » : أنه إن ثبت بالبينة.. لم يسقط ، وصوّرها في دين استدانته بغير إذن الزوج ، ثم اختار النووي سقوطها في صورتي البينة والإقرار[5] ، قال شيخنا : ويزداد القسم بأنها إن استحقته في الحبس.. لزم أحد أمرين : إما الإضرار بالزوج ، أو ترفه المحبوسة ؛ ولأنها تمنع منه كما في التفليس في نظيره من الرجل من « فتاوى ابن الصباغ » ، وجعل الغزالي النظر في ذلك للقاضي[6] ، وإن استحقت القضاء.. أضر ببقية الزوجات ، قال شيخنا : ولم يذكروا الصغيرة ، ومقتضى القواعد : أنها لا تستحق القسم كالنفقة ، قال : ولم يذكروا الصائمة .

قلت : أمرها واضح ؛ فإنه لا شك في وجوب القسم لها ، لا سيما وعماد القسم الليل ولا صيام فيه ، وبتقدير أن يكون عماد القسم في حقها النهار ؛ لكون زوجها أتونياً[7] ونحوه.. فيحصل مع الصوم الاستمتاع بغير الوطء والأنس ، والله أعلم .

ولو حبس الزوج وقسم لإحدىٰ زوجاته في الحبس.. لزمه ذلك للباقيات ، فإن امتنعت واحدة من الحضور.. سقط حقها ، قاله ابن الصباغ .

٣٨٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] ـ والعبارة له ـ « والحاوي » [ص ٤٨٦] : (**وله دعاؤهن**)

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٥٩٠) .
(٢) الحاوي (ص ٤٨٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٦١) ، و« الروضة » (٧/ ٣٤٥) .
(٤) انظر « الروضة » (٩/ ٦٠) .
(٥) انظر « الروضة » (٤/ ١٤٠) .
(٦) انظر « فتاوى الغزالي » (ص ٥٥) مسألة (٥١) .
(٧) **الأتوني** بفتح الهمزة وتشديد المثناة من فوق : هو وقَّادُ الحَمَّام ، نسبة إلى الأتون ، وهو الذي يوقد به النار . انظر « أسنى المطالب » (٣/ ٢٣١) .

استثنىٰ منه الماوردي : ما لو كانت ذات قدر وخَفَر ولم تعتد البروز ، قال : فلا يلزمها إجابته ، وعليه أن يقسم لها في بيتها[1] ، وفي « النهاية » ما يشير إليه[2] ، واستغربه في « البحر » .

٣٨٣٧ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**ولا يمضي إلىٰ بعضٍ ويدعو بعضاً**) قال في « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**إلا لغرضٍ ؛ كقرب مسكنٍ من مضىٰ إليها أو خوفٍ عليها**) وتقدم قول الماوردي : إن ذات القدر والخفر يقسم لها في بيتها[3] ، فلو فعل ذلك بالقرعة ؛ ليدعو من خرجت القرعة لها إلىٰ منزله .. قال الرافعي : وجب أن يجوز[4] ، وعبر عنه في « الروضة » بقوله : ينبغي القطع بالجواز[5] .

واستشكله السبكي ، وفرق بينه وبين السفر : بأن السفر عذر ، فإن كان هنا عذر أيضاً .. فذاك .

قال شيخنا ابن النقيب : وما قاله الرافعي بحثاً منقول عن النص ، ورأي الإمام القطع به ، وقال : هٰذا التفاوت محتمل ؛ لأن تفاوت المناصب والأقدار قد يقتضي هٰذا[6] .

قلت : إن أراد بالنسبة إلى الزوجات .. فلا يفيد شيئاً ؛ فقد تخرج القرعة لغير ذات المنصب ، وإن أراد بالنسبة إلى الزوج أن منصبه ينافي خروجه من بيته كل ليلة .. فممكن .

٣٨٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**ويحرم أن يقيم بمسكن واحدةٍ ويدعوهن إليه**) لو رضين كلهن بذلك .. جاز ، فلو عبر كعبارة « الروضة » : (لم تلزمهن الإجابة)[7] ، أو قال : (إلا برضاهن) كما قال في التي بعدها .. لكان أحسن ، فإن أَجَبْن .. قال ابن داوود : فلصاحبة البيت المنع وإن كان ملكه ؛ لأن حق السكنىٰ لها ؛ ولهٰذا قلت أولا : (رضين كلهن) أي : ومنهن صاحبة المسكن .

٣٨٣٩ـ قولهما : (**وأن يجمع ضرتين في مسكنٍ إلا برضاهما**)[8] أي : ولو ليلة واحدة ، ولا يلزمهما الاستمرار على الرضا ، فلهما الرجوع بعده .

ويستثنىٰ منه : ما إذا أسكنهما حجرتين من دار واحدة أو علواً وسفلاً بشرط انفصال المرافق ، وقد ذكره « الحاوي »[9] ، ولا بد مع ذلك أن يليق بحالهما .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٥٧٩) .
(٢) نهاية المطلب (١٣/ ٢٥١ ، ٢٥٢) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٥٧٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٦٢) .
(٥) الروضة (٧/ ٣٤٦) .
(٦) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/ ٢١٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٥٢) .
(٧) الروضة (٧/ ٣٤٦) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٤) .
(٩) الحاوي (ص ٤٨٧) .

وأورد في « المهمات » : أنه يحرم الجمع بين زوجة وسرية في سكن واحد كما ذكره الروياني في « البحر » ، وكلامهم يوهم خلافه ، إلا أن يحمل الضرة على السرية أيضاً ، لكن في « الصحاح » : أن الضرة : الزوجة[1] ، وعبر في « الروضة » بـ (الزوجة)[2] وفي « التنبيه » بـ (المرأة)[3] .

٣٨٤٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٦] : (**على العاقل**) أي : يجب القسم على الزوج العاقل ، ويدخل فيه المراهق ، والمراد : الوجوب علىٰ وليه ؛ بحيث لو جارَ . . كان الإثم علىٰ وليه دونه ، وأما الصغير الذي لا يتأتىٰ منه الوطء ولا يزوج للمعاشرة عادة . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : الظاهر من كلامهم : أنه لا يجب علىٰ وليه أن يطوف به ؛ لعدم المقصود من القسم .

٣٨٤١ـ قوله : (**والولي**)[4] أي : في حق المجنون ، وقوله : (**بأن يطوف بمجنونٍ مأمونٍ لم يضره الوطء**)[5] فيه أمران :

أحدهما : أنه لا يتعين الطواف به ، بل له دعاؤهن إلىٰ منزله كما في العاقل ، قال في « أصل الروضة » : أو يطوف به علىٰ بعضهن ويدعوا بعضهن[6] ، فيحتمل أن يكون بشرطه المذكور في العاقل ، وأهمله هنا ؛ لسبقه ، ويحتمل اغتفار ذلك في المجنون ؛ لأنه لا ينسب إلىٰ ميل ، والجنون عذر كما تقدم في قرب مسكن من مضىٰ إليها أو خوف عليها ، وهـٰذا أظهر .

ثانيهما : أن ذلك واجب على الولي إن رأىٰ منه ميلاً إلى النساء ، أو قال أهل الخبرة : ينفعه غشيانهن ، وإلا . . فهو جائز ، ولم يبين ذلك « الحاوي » لأنه لا تعلق له بالقسم ، إنما هو لمصلحة المجنون .

٣٨٤٢ـ قوله : (**ولا يخص وقت الإفاقة إن ضُبِطَ**)[7] أي : بأن يجن يوماً ويفيق يوماً . . فلا يخص وقت الإفاقة بواحدة والجنون بأخرىٰ ، ثم قال البغوي وغيره : تطرح أوقات الجنون ويقسم في الإفاقة ، ولو أقام في الجنون . . فلا قضاء ولا اعتداد به[8] ، وقال المتولي : يراعي القسم في أيام الإفاقة ، ويراعيه الولي في الجنون ، ولكل واحدة نوبة من هـٰذا ونوبة من هـٰذا ، قال الرافعي :

---

(١) الصحاح (٢/ ٧٢٠) .
(٢) الروضة (٧/ ٣٤٨) .
(٣) التنبيه (ص ١٦٩) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٦) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٦) .
(٦) الروضة (٧/ ٣٤٧) .
(٧) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٦) .
(٨) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٣٨) .

وهـٰذا حسن[1] ، وعبارة « الحاوي » محتملة لهما ، وحملها في « التعليقة » على الأول ، وهي إلى الثاني أقرب .

٣٨٤٣ـ قوله : (**وإلا . . قضىٰ للأخرىٰ**)[2] أي : إن لم تنضبط الإفاقة وقسم الولي لواحدة في الجنون وأفاق في نوبة الأخرىٰ . . قضىٰ للأولىٰ ما جرىٰ في الجنون ؛ لنقصه ، حكاه في « أصل الروضة » عن الغزالي ، وأقره[3] ، والغزالي قال : إن في كلام الشافعي ما يدل عليه[4] .

٣٨٤٤ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وعماد القسم الليل لمن معيشته بالنهار**)[5] محله : في المقيم ، أما المسافر : فعماده وقت النزول من ليل أو نهار قليلاً كان أو كثيراً ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٨٧] : (**وللمسافر وقت النزول**) .

٣٨٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**وإن دخل بالليل . . لم يجز إلا لضروة**) زاد « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**كمرضها المخوف**) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**فيدخل فيه على الضرة لمرض مخوفٍ زماناً يسيراً**) فخص المرض المخوف وقيده بالزمن اليسير ، ولو ضبط بالضرورة وجعل المرض المخوف مثالاً . . لكان أولىٰ ؛ ليدخل فيه الحريق وشدة الطلق وغيرهما ، وعبارة « أصل الروضة » : ويجوز الدخول للضرورة بلا خلاف ، قال في « الشامل » : هي مثل أن تموت أو تكون منزولاً بها ، وقال الشيخ أبو حامد : هي كالمرض الشديد ، وقال الغزالي : هي كالمرض المخوف ، قال : وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً فيدخل ليتبين الحال ، وفي وجه : لا يدخل حتىٰ لا يتحقق أنه مخوف . انتهىٰ[6] .

٣٨٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**وحينئذ : إن طال مكثه . . قضىٰ ، وإلا . . فلا**) يفهم اختصاص القضاء عند طول المكث بما إذا دخل لضرورة ، لكن إذا قضىٰ مع الضرورة . . فبدونها أولىٰ ، **فكان الأحسن** : لو أطلق القضاء مع الطول ؛ كقول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**فإن دخل وأطال . . قضىٰ**) « والحاوي » [ص ٤٨٧] : (**وإلا . . قضىٰ بقدره**) .

وجوز شيخنا ابن النقيب في عبارة « المنهاج » أن يريد الدخول لغير ضرورة ، وأن يريد الدخول لضرورة ، وأن يريدهما[7] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٦٤) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٦) .

(٣) الروضة (٧/ ٣٤٨) .

(٤) انظر « الوسيط » (٥/ ٢٨٩) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٦٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٤) .

(٦) الروضة (٧/ ٣٤٩) ، وانظر « الوسيط » (٥/ ٢٩٠) .

(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢١٢) .

والمتبادر إلى الفهم منه ما ذكرته ، وبتقدير : أن يريدهما . . فلا يبقىٰ لقوله : (**حينئذ**) معنىً ، وبتقدير : أن يريد الدخول لغير ضرورة . . فلا يفهم منه القضاء مع الضرورة ، لا بطريق أولىٰ ولا بمساواة ، فالحمل على الضرورة وأخذ غيرها من طريق الأولىٰ حسن ، والله أعلم .

وعن القاضي حسين تقدير القدر المَقْضِي : بثلث الليل ، **والصحيح** : أنه لا يتقدر .

٣٨٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**وإن دخل وجامعها وخرج . . فقد قيل : لا يقضي ، وقيل : يقضي بليلة ، وقيل : يقضي بأن يدخل في يوم الموطوءة فيجامع كما جامعها**) صحح النووي في « تصحيحه » : أنه يقضي مثل تلك المدة ولا يكلف الجماع ، وتبعه شيخنا الإسنوي[١] .

وقال النشائي : التصوير كما فرض في « الكفاية » فيما إذا كان الدخول والجماع في زمان يسير ، ويوضحه قوله قبل ذلك : (**فإن دخل وأطال . . قضىٰ**) وحينئذ . . **فالأصح** : لا قضاء ، فالذي في « التصحيح » وهمٌ . انتهىٰ[٢] .

وحاصل هٰذا : أن الزمن اليسير إن لم يجامع فيه . . فلا يُقضىٰ قطعاً ، وإن جامع فيه . . فهو موضع الخلاف ، **والأصح** : لا قضاء ، وهو مفهوم تقييد « المنهاج » القضاء بطول المكث ؛ إذ لم يُفَصّل مع عدم الطول بين الجماع وغيره ، وصرح به « الحاوي » فقال [ص ٤٨٧] : (**لا إن قل وعصىٰ**) أي : بالوطء ، وذكر الإمام أن اللائق بالتحقيق القطع بإباحة الوطء وصرف التحريم إلىٰ إيقاع المعصية ، لا إلىٰ ما وقعت المعصية به[٣] .

وقرّبه بعضهم : بأن تحريم الوطء ليس لعينه ، بل لأمر خارج .

٣٨٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**فإن دخل بالنهار إلىٰ غير المقسوم لها لحاجة . . جاز**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٠٤] : (**لوضع متاعٍ ونحوه**) لعمومه ، ومن قول « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**لمهمٍّ**) لإيهامه اعتبار قدر زائد على الحاجة .

٣٨٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**والصحيح : أنه لا يقضي إذا دخل لحاجة**) وعليه يدل قول « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**وإلا . . قضىٰ بقدره**) ظاهره : عدم القضاء وإن طال ، وكذا أطلقه في « الروضة » وأصلها[٤] ، وجزم به الماوردي[٥] ، لكن الذي في « الشامل » و« المهذب » و« البيان » : وجوبه[٦] .

---

(١) تصحيح « التنبيه » (٢/ ٤٧) ، وانظر « تذكرة النبيه » (٣/ ٢٩٤) .
(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٤٧) ، وفيه : (صرف التحريم إلىٰ إيقاع المغيظة ، لا إلىٰ ما وقعت المغيظة به) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٣٦٦) ، الروضة (٧/ ٣٥٠) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٥٧٧) .
(٦) المهذب (ص ٢/ ٦٨) ، البيان (٩/ ٥١٨) .

٣٨٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**وأن له ما سوىٰ وطءٍ من استمتاعٍ**) مخالف لتعبير « الروضة » فيه بالأصح[١] .

٣٨٥١ـ قوله : (**وأنه يقضي إن دخل بلا سببٍ**)[٢] يقتضي التعبير فيه بالصحيح ؛ لعطفه علىٰ ما عبر فيه بذلك ، ولو عبر فيه بالنص . . لكان أولىٰ ؛ لأن الرافعي نقله عن حكاية المحاملي له عن نص « الإملاء »[٣] ، ونقله شيخنا الإمام البلقيني عن نص « الأم » أيضاً ، وقيده بما إذا لم يكن الزمان يسيراً ، قال : وذلك يظهر من الدخول في الليل . انتهىٰ[٤] .

ويرد ذلك علىٰ إطلاق « الحاوي » القضاء عند الدخول نهاراً لغير مُهِمٍّ[٥] .

٣٨٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**ولا تجب تسوية في الإقامة نهاراً**) قال شيخنا ابن النقيب : أي : في قدرها ، كما هو في « المحرر » و« الروضة » و« الشرحين » ، وأما أصل الإقامة : فلم أر من ذكره[٦] .

٣٨٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**وإن كان له امرأتان فقسم لإحداهما وطلق الأخرىٰ قبل أن يقسم لها . . أثم ، فإن تزوجها . . لزمه أن يقضي حقها**) فيه أمران :

أحدهما : صورة المسألة : أن يتزوجها والأخرىٰ في نكاحه ، فلو لم تكن في نكاحه بل نكح جديدة . . تعذر القضاء ؛ لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها ، كذا قيده في « أصل الروضة »[٧] ، ومقتضاه : أنه لا يتعذر إذا لم ينكح جديدة ، لكن الذي في « البحر » وغيره : تعذره ولو لم ينكح جديدة ؛ لخلوص الحق لها .

قال شيخنا ابن النقيب : ويظهر أنه كموت المظلوم بسببها ، والجمهور ـ هناك خلافاً للماوردي ـ علىٰ تعذر القضاء[٨] .

ثانيهما : كان ينبغي أن يقول : (فإن عادت إليه) ليشمل الرجعية أيضاً ، وعبر « الحاوي » بقوله [ص ٤٨٧ ، ٤٨٨] : (**ولو بعد تجديد من نُوَبِ المظلوم بها**) فيرد عليه الثاني دون الأول .

نعم ؛ يرد عليه في الأول : أنه لا يختص الحكم بالظلم ، فلو لم يكن ظلم ؛ كما لو أقام

---

(١) الروضة (٧/ ٣٥٠) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٠٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٦٦) .
(٤) الأم (٥/ ١٩٠) .
(٥) الحاوي (ص ٤٨٧) .
(٦) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/ ٢١٦) ، وانظر « المحرر » (ص ٣١٨) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٣٦٦) ، و« الروضة » (٧/ ٣٤٩) .
(٧) الروضة (٧/ ٣٦١) .
(٨) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢١٤) .

للضرورة وطال ، أو بات لتمريضها عند فقد ممرض . . كان الحكم كذلك .

قال في « الكفاية » : ويتجه القضاء لها فيما إذا طلقها من غير سؤالها ، أما إذا كان به . . فيتجه ألاَّ يُحكم بالإثم كما قيل في الطلاق في زمن الحيض على رأي .

٣٨٥٤ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٨] : (**ولو تم بالليل . . خرج إلىٰ نحو مسجد**) محله : ما إذا لم يخف لصاً ونحوه ، فإن خاف . . قعد .

تَنْبِيهٌ

[لا يختص القضاء بحال مكثه عند الضرة]

قد يفهم من كلامهم اختصاص القضاء بما إذا كان مكثه عند الضرة ، وليس كذلك ، بل لو خرج ليلاً وأطال لضرورة أو غيرها ولم يدخل للضرة . . لزم قضاؤه من الليلة القابلة ، قال الرافعي : والأولىٰ أن يقع في وقته ، فيقضي لأول الليل أوله ، ولآخره آخره ، ويكون في باقي الليل في نحو مسجد ما لم يخف لصاً ونحوه ، فيعذر في الإقامة[1] ، وصرح جماعة بأن مراعاة الوقت ندب ، وجماعة بأنه واجب .

٣٨٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**وأقل نوب القسم ليلة**) من زيادته على « المحرر » من غير تمييز .

٣٨٥٦ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**ويجوز ثلاثاً ، ولا زيادة**)[2] محله : ما إذا كان بغير رضاهن ، وقد اعتمد الأصحاب في منع الزيادة على الثلاث قول الشافعي في « المختصر » : (وأكره مجاوزة الثلاث)[3] .

قال الرافعي : وذلك محمول عند أكثرهم على المنع والتحريم ، وقالوا : إنه موضح في « الأم »[4] ، وقال السبكي : إنه ظاهر نصه في « الأم » .

قلت : عبارة « الأم » : (وأكره مجاوزة الثلاث من العدد من غير أن أُحَرِّمَهُ ، وذلك أنه قد يموت قبل [أن][5] يعدل للثانية ويمرض ، وإن كان هـٰذا قد يكون فيما دون الثلاث)[6] ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني وغيره ، وهو صريح في عدم التحريم .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٧٦) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٥) .

(٣) مختصر المزني (ص ١٨٥) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٦٨) .

(٥) زيادة من « الأم » .

(٦) الأم (٥/١٩٠) .

وقول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**على المذهب**) يفهم أن مقابله : القول بالزيادة مطلقاً ، وقال السبكي : ينبغي ألاَّ يؤخذ علىٰ إطلاقه ؛ فإنه إذا طالت المدة جداً . . لم يبق له معنىٰ ، وقال الإمام : لا شك أنه لا يجوز أن يبني القسم علىٰ خمس سنين مثلاً ، وقال صاحب « التقريب » : يقسم سبعاً سبعاً ، وقال الشيخ أبو محمد : لا يبلغ مدة التربص في الإيلاء . انتهىٰ[1] .

لكن في « البسيط » : أن منهم من قال : لا تقدير بزمان ولا توقيت أصلاً ، وإنما التقدير إلى الزوج ، حكاه في « المهمات » .

٣٨٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**والصحيح : وجوب قرعة للابتداء**) قد يدخل فيه قضاء ما دون ليلة لاثنتين والطواف على الجميع في ساعة ، ولا نقل فيه ، وهو محتمل .

٣٨٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**لحرَّةٍ مِثْلا أمةٍ**) زاد « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**لا إن عتقت قبل تمام ليلتها**) أي : فتلتحق بالحرة وتكون مثلها في القسم ، ومفهومه : أنها إذا لم تعتق إلا بعد تمام ليلتها . . لا يكمل لها كقسم الحرة ، بل يبيت عند الحرة ليلتين ثم يسوي بعد ذلك ، وبه قطع الإمام والمتولي والغزالي والسرخسي[2] ، ومنع البغوي تكميل الليلتين ، وقال : إن عتقت في الأولىٰ من ليلتي الحرة . . أتمها واقتصر عليها ، وإن عتقت في الثانية . . خرج من عندها في الحال[3] ، وعلىٰ نحو هـٰذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب « المهذب »[4] .

وقد تفهم عبارتهما : أن له زيادة الحرة علىٰ ليلتين ويجعل الأمة على النصف منها ، لكن في « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**ويقسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة**) وظاهره : تعينه ؛ وهو كذلك ؛ لأن الزيادة عليه تؤدي إلىٰ تبعيض الليلة على الأمة فيما إذا جعل للحرة ثلاثاً ، أو إلىٰ زيادة الحرة على الثلاث فيما إذا جعل للأمة ليلتين ؛ فإنه يكون للحرة حينئذ أربع ، وكلاهما ممتنع كما تقدم ، وصار ذلك مفهوماً من « المنهاج » و« الحاوي » من ذكرهما هـٰذين الأمرين ، ثم لا يخفىٰ أنه لا يقسم للأمة إلا إذا وجبت لها النفقة ، فإن لم تجب لها ؛ لعدم تسليمها أو لعدم تسليمها نهاراً **على الأصح** . . لم يجب لها قسم ، والمبعضة كالقنة ، قاله الماوردي[5] .

٣٨٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**وإن تزوج امرأة وعنده امرأتان قد قسم لهما . . قطع الدور للجديدة**) لا يخفىٰ أن ذكر المرأتين مثال، فلو كان في نكاحه ثلاث أو واحدة . . كان الحكم كذلك .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٤٥) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٣٤) ، و« الوسيط » (٥/ ٢٩٣) .
(٣) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٣٥) .
(٤) المهذب (٢/ ٦٧) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٥٧٥) .

٣٨٦٠ـ قوله : (**فإن كانت بكراً . . أقام عندها سبعاً ولا يقضي ، وإن كانت ثيباً . . فهو بالخيار بين أن يقيم سبعاً ويقضي وبين أن يقيم ثلاثاً ولا يقضي**)[١] فيه أمران :

أحدهما : أنه يقضي اختصاص حق الزفاف بما إذا كان في نكاحه غيرها يبيت عندها ، وهو ظاهر كلامهم وتصويرهم وتفريعهم ، وصرح به البغوي في « فتاويه » ، وحكاه عنه الرافعي والنووي ، وأقراه ، لكنهما **صححا** : أنه لو نكح جديدتين ولم يكن في نكاحه غيرهما . . وجب لهما حق الزفاف سواء زفتا معاً أو على الترتيب[٢] .

قال في « المهمات » : وهـٰذه هي تلك بعينها إلا أن تلك في امرأة وهـٰذه في امرأتين ، ولا أثر لذلك .

وقال النووي في « شرح مسلم » : **الأقوى المختار** : وجوب حق الزفاف مطلقاً ؛ للحديث الصحيح : « إذا تزوج الثيب . . أقام عندها ثلاثاً ، وإذا تزوج البكر . . أقام عندها سبعاً »[٣] ، وعبارة « المنهاج » قد توافق ذلك ؛ فإنه قال [ص ٤٠٥] : (**وتُخَصُّ بكرٌ جديدةٌ عند زفافٍ بسبعٍ بلا قضاءٍ ، وثيبٌ بثلاثٍ**) ، وكذا قول « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**وللبكر الجديدة سبعٌ ، وللثيب ثلاثٌ**) فإنهما لم يصرحا بتخصيص ذلك بما إذا كان في نكاحه غيرها .

ثانيهما : أن ظاهر كلامه فيما إذا أقام عند الثيب سبعاً . . أنه يقضي السبع ، ومحله : فيما إذا كان باختيارها ، فإن لم يكن باختيارها . . قضى الزائد على الثلاث فقط ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**ويسن تخييرها بين ثلاثٍ بلا قضاءٍ ، وسبعٍ بقضاءٍ**) وأصرح منه قول « الحاوي » [ص ٤٨٧] : (**وإن سبَّع بطلبها . . قضىٰ لغيرها ، وإلا . . قضى الزائد**) .

واعلم : أنه يعتبر فيها الموالاة ، فلو فرقها ؛ ليلة عندها وليلة في نحو مسجد وهـٰكذا . . لم تحسب في **الأصح** فيوفيها حقها متوالياً ثم يقضي ما فرق للباقيات .

٣٨٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**وإن تزوج امرأتين وزفتا إليه مكاناً واحداً . . أقرع بينهما**) كان ينبغي لو قال : (زماناً واحداً) فإن الاعتبار في ذلك بالزمان ، ولا يلزم من اتحاد المكان اتحاد الزمان ، وقال الماوردي : العبرة بحال العقد ، فالسابقة به مُقدمة[٤] ، وبه جزم ابن يونس في « النبيه » ، ورجحه الروياني مع اعترافه بأن **الأشهر** : الاعتبار في السبق بالإدخال عليه .

٣٨٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٨٦] : (**وإن سافرت المرأة**

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٧٤) ، و« الروضة » (٧/٣٥٦) .
(٣) شرح مسلم (١٠/٤٤ ، ٤٥) ، والحديث أخرجه البخاري (٤٩١٥) ، (٤٩١٦) ومسلم (١٤٦١) من حديث سيدنا أنس رضي الله عنه موقوفاً .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٥٨٨) .

بغير إذنه . . سقط حقها من القسم) محله : ما إذا لم تكن معه ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٠٥] : **(ومن سافرت وحدها بغير إذنه . . ناشزةٌ)** .

ويستثنىٰ من ذلك : ما إذا كانت أمة فسافر بها السيد بعد أن بات عند الحرة ليلتين . . فإنه لا يسقط حقها من القسم ، بل عليه قضاؤه عند التمكن ، حكاه في « أصل الروضة » عن المتولي من غير مخالفة[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ولا يخالف ما ذكره قبل ذلك عن ابن كج وأبي الفرج أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحقت النفقة ؛ لأنها استحقت حقها لما قسم للحرة وقد كانت تستحق النفقة ، فلما سافر السيد بها . . لم يسقط ذلك حقها الثابت ، وليس كالناشزة ؛ لتقصير تلك .

واستثنى السبكي أيضاً : ما لو خَرِبَ البلد وانجلىٰ أهله ، ولم يمكنها الإقامة والزوج غائب . . قال : فينبغي ألاَّ تكون ناشزة ؛ كخروجها من البيت إذا أشرف على السقوط .

٣٨٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : **(وإن سافرت بإذنه . . سقط حقها في أحد القولين دون الآخر) الجديد الأظهر** : السقوط ، ومحله : ما إذا كان في حاجتها ، فإن كان في حاجته . . لم يسقط حقها قطعاً ، بل يقضي لها ، وقد أوضح ذلك « المنهاج » فقال [ص ٤٠٥] : **(وبإذنه لغرضه . . يقضي لها ، ولغرضها . . لا في الجديد)** ، وتقييد محل الخلاف بما إذا كان لغرضها من زيادة « المنهاج » على « المحرر » من غير تمييز كما نبه عليه في « الدقائق »[2] ، لكن قد أوضحه في « المحرر » في (النفقات)[3] ، وقول « الحاوي » [ص ٤٨٦] : **(أو سافرت لا بإذنه ؛ كلغرضها)** أي : بإذنه .

٣٨٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : **(وإن أراد الانتقال من بلد إلىٰ بلد فسافر بواحدة وبعث البواقي مع غيره . . فقد قيل : يقضي لهن ، وقيل : لا يقضي) الأصح** : القضاء ، وهو مفهوم قول « الحاوي » [ص ٤٨٨] : **(وإن سافر لا لنقلةٍ ببعضٍ بقرعةٍ)** وذكر ابن يونس وتبعه في « الكفاية » أن محل الخلاف : ما إذا كان بقرعة ، وإلا . . قضىٰ قطعاً ، وقال صاحب « المعين » : هو ما أبهمه كلام « البيان » والجيلي[4] ، وأطلق « المنهاج » أن من سافر لنُقلةٍ . . حرم أن يستصحب بعضهن ، ولم يتعرض للقضاء[5] .

وفيما علّق عن الإمام وجهان في أنه يخرج عن الظلم بتغير عزم النقلة ؛ أم يستمر حكمه حتىٰ

---

(١) الروضة (٧/ ٣٥٤) .
(٢) الدقائق (ص ٦٩) .
(٣) المحرر (ص ٣٧٧) .
(٤) البيان (٩/ ٥٢٣ ، ٥٢٤) .
(٥) المنهاج (ص ٤٠٥) .

يرجع إليهن ؟[1] وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأرجح** : الاستمرار

٣٨٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**وإن سافر بواحدة بغير قرعة.. قضىٰ**) وهو مفهوم « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

يستثنىٰ منه : ما إذا تركها في بلد وفارقها ، كما حكاه الرافعي عن « فتاوى البغوي » ثم قال الرافعي : ويحتمل أن يقال : لا يقضي إلا ما بات عندها ، ويحتمل أن يقال : يقضي وإن خلفها في بلد[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الاحتمال الثاني **هو الأصح** .

٣٨٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**وإن سافر** ـ أي : لغير النقلة ـ **بالقرعة.. لم يقض**) أي : مدة السفر ذهاباً ، وكذا رجوع **في الأصح** ، أما مدة الإقامة.. فيقضيها ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٨٨] : (**لا مدة الإقامة**) ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**فإن وصل المقصد وصار مقيماً.. قضىٰ مدة الإقامة ، لا الرجوع في الأصح**) ، وقوله : (**وصار مقيماً**) أي : بعزم الإقامة المؤثرة فيه ؛ إما عند وصوله أو في أول سفره سواء أقام بالفعل أم لا ، وإلا.. لم يصر مقيماً بمجرد وصوله **في الأصح** كما تقدم ، وكذا الحكم لو نوى الإقامة المؤثرة قبل وصول المقصد ، أما لو أقام في مقصد أو غيره من غير نية.. فقال الإمام والغزالي : إن أقام يوماً.. لم يقضه[4] ، قال الرافعي : والأقرب قول البغوي : (إن زاد علىٰ مقام المسافرين.. قضى الزائد) ولو أقام لشغل ينتظره.. ففي القضاء خلاف كالترخص ، وبعد ما يترخص فيه يقضي[5] .

وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أنه لا يقضي مدة الإقامة إلا إن كانت بنية النقلة كما هو ظاهر نص « الأم » و« المختصر » ، وهو **التحقيق** ، وحكى الماوردي فيه وجهين . انتهىٰ[6] .

وفي « أصل الروضة » عن البغوي فيما لو عزم على الإقامة فكتب إلى الباقيات يستحضرهن.. وجهان في وجوب القضاء من وقت كتابته[7] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح بل الصواب** : وجوب القضاء . انتهىٰ .

وأورد على « المنهاج » : أن محل الخلاف في قضاء مدة الرجوع إذا صار مقيماً ، فإن عاد من

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٦٥)
(٢) الحاوي (ص ٤٨٨) ، المنهاج (ص ٤٠٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٨٣) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٦٧) ، و« الوجيز » (٢/ ٤٥) .
(٥) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٤٣ ، ٥٤٤) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٣٨٢) .
(٦) الأم (٥/ ١٩٣) ، مختصر المزني (ص ١٨٦) ، وانظر « الحاوي الكبير » (٩/ ٥٩٣ ، ٥٩٤) .
(٧) الروضة (٧/ ٣٦٤) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٥٤٤) .

فوره . . فلا قطعاً ، ولا يرد ذلك عليه ؛ لأنه فرض المسألة فيما إذا صار مقيماً ، وقيد الغزالي كونه لا يقضي مدة السفر بما إذا كان مرخصاً ، قال الرافعي : فيقتضي القضاء في سفر المعصية[1] .

واعلم : أنه إذا طرأ له سفر بعد المبيت عند إحدى الزوجتين دون الأخرىٰ ، فخرجت القرعة لصاحبة النوبة الباقية . . لا تدخل نوبتها في مدة السفر ، بل إذا رجع . . وفاها نوبتها ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : وفي نص الشافعي في « الأم » ما يشهد له[2] .

٣٨٦٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**فإن رضي ووهبت لمُعينةٍ . . بات عندها ليلتيهما**) أي : كلاً في وقتها بلا موالاة إن انفصلتا ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٨٨] : (**ويصلُ إن اتصلتا**) .

قال ابن الرفعة : وإنما يتجه ذلك إذا كانت ليلة الواهبة متأخرة ، فإن كانت متقدمة وأراد تأخيرها . . اتجه الجواز قطعاً ، وإليه يُرشد قولهم في التعليل ؛ لأن فيه تأخير حق من بينهما .

قال شيخنا ابن النقيب : وكذا لو كانت متأخرة فأخر نوبة الموهوبة إليها برضاها تمسكاً بالعلة المذكورة[3] .

٣٨٦٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٥] : (**وقيل : يُواليهما**) قال الرافعي : **وقياسه** : أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق ، وبات فيها عند الموهوبة . . أنه يجوز أن يقدم ليلتها ويبيتها متصلة بها[4] .

قال شيخنا ابن النقيب : ولم يظهر لي جَعْل ذلك قياس هـٰذا الوجه ؛ فإنه عينه[5] .

قلت : حكى الرافعي هـٰذا الوجه فيما إذا كانت ليلة الموهوبة أسبق . . أنه يقدم إليها ليلة الواهبة ، ثم قاس عليه ما إذا كانت ليلة الواهبة أسبق ، فليس المقيس عين المحكي وإن اتفقا في التوجيه والمدرك ، ومن أطلق في حكاية هـٰذا الوجه أنه يواليهما . . فقد أتىٰ بعبارة تتناول المنقول والمقيس .

٣٨٦٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن وهبت للزوج . . جعله لمن شاء منهن**)[6] وفي « المحرر » : إنه الأقرب[7] ، وفي « أصل الروضة » : قطع به العراقيون والروياني وغيره ، وإليه ميل الأكثرين[8] ، لكن رجح في « الشرح الصغير » : المنع ، وأنه يسوي بينهن ، ويجعل الواهبة

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٨٣) .
(٢) الأم (٥/ ١٩٣) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢٢٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٧٧) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢٢٦) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٦٩) ، و« الحاوي » (ص ٤٨٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٥) .
(٧) المحرر (ص ٣٢٠) .
(٨) الروضة (٧/ ٣٥٩) .

كالمعدومة ، فقال : إنه **الأشبه** ، وأشار في « الوسيط » إلىٰ تخصيص الوجهين بقولها : (وهبتك ، فخصِّص من شئت)[1] وبها صور الإمام[2] ، فإن اقتصرت علىٰ (وهبتك) . . امتنع التخصيص قطعاً ، قال الرافعي : ولو باتها كل دَوْرٍ عند واحدة . . لم يبعد تجويزه[3] .

قال شيخنا ابن النقيب : قوله : (لم يبعد) صرح به المتولي فقال : **والثاني** : يسوي ؛ بأن يبيت عند كل منهن ساعة ، أو لا يبيتها عند واحدة أصلاً ، أو يخص بها كل دور واحدة[4] .

٣٨٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : **(فإن رجعت في الهبة . . عادت إلى الدور من يوم الرجوع)** محله : ما إذا علم الزوج برجوعها ، فإن لم يعلم به حتىٰ مضت نُوبٌ . . لم يستحق قضاء الفائت قبل العلم في **الأصح** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٤٨٨] : **(وما فات قبل خبره . . ضاع)** .

٣٨٧١ـ قوله : **(كإباحة الثمار)**[5] أي : كما يضيع ما يتناوله من أبيحت له الثمار قبل علمه بالرجوع حتىٰ لا يغرمه ، تبع فيه « الوجيز » ، لكن قطع الصيدلاني بأنه يغرم ؛ لأن الغرامات لا فرق فيها بين العلم والجهل ، قال الرافعي : وإليه مال الإمام ، ولا يبعد ترجيحه[6] .

واعترضه في « **المهمات** » بأن الذي في « النهاية » الجزم بعدم الغرم[7] ، وقال في « التنقيح » : **المرجح** : عدم الضمان كما في « الحاوي » ، وله نظائر :

منها : ما إذا استعمل المستعير العارية بعد الرجوع جاهلاً . . فلا أجرة عليه ، حكاه الرافعي في آخر (العارية) عن القفال[8] .

ومنها : ما إذا رمىٰ إلىٰ مسلم تترَّسَ به المشركون . . ففي « الشرح » و« الروضة » : أنه إن علم إسلامه . . وجبت ديته ، وإلا . . فلا[9] .

ومنها : إذا باشر الولي القصاص من الحامل جاهلاً بحملها ، فتلف الحمل . . **فالأصح** في « **الروضة** » وغيرها : أن الدية على السلطان ؛ لتقصيره في البحث ، ثم تحملها العاقلة[10] .

---

(١) الوسيط (٥/ ٢٩٩) ، وفيه : (وهبت منك ، فخصص من شئت) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٣٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٧٧) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢٢٨) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٨٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٧٨) .
(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٣٧) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٥/ ٣٩٤) .
(٩) فتح العزيز (١١/ ٤٠٠) ، الروضة (١٠/ ٢٤٦) .
(١٠) الروضة (٩/ ٢٢٧ ، ٢٢٨) .

ومنها : إذا قتل مسلماً ظن كفره بدار الحرب . . فلا قصاص قطعاً ، ولا دية **على الأظهر** في « المنهاج » وغيره[1] .

ومنها : إذا أمر السلطان رجلاً يَقتل بغير حق والمأمور لا يعلم . . فلا دية على القاتل[2] .

ومنها : إذا جُنَّ المُحْرِم ثم قتل صيداً . . فلا يجب الجزاء **في الأصح** من زيادة « الروضة »[3] ، مع أن الإتلاف لا فرق فيه بين المجنون والعاقل ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح عندي** : عدم الغرم ، والفرق بينه وبين الوكيل : أن التصرف للموكل ، فإذا عزل الوكيل . . انعزل في حق الموكل ، وترتب عليه : أنه لا يصح تصرفه .

وأما المبيح : فلا يؤثر رجوعه ؛ لأن التصرف عليه لا له ، فحقه أن يُعلم المبيح له بالرجوع ، فإذا لم يعلمه . . لا رجوع ، ومحل كون الغرامات يستوي فيها العلم والجهل : إذا لم يكن المغروم له مقصراً ، فإن نسب لتقصير . . لم يرجع كالمبيح ، وكذا لو لم يُنسب إلىٰ تقصير لكن منع من الرجوع أمر آخر ؛ كما لو أنفق علىٰ زوجته ثم بان فساد النكاح . . لا يرجع بما أنفق ؛ لأنها كانت في حبسه ، وكذا في عبد لم يخرج عتقه من الثلث ثم يظهر للمعتق مال . . فلا يرجع الوارث بما أنفق .

فائدة

[في النزول عن الوظائف]

قال السبكي : عمت البلوىٰ في زمننا بالنزول عن الوظائف ، ولا شك أنه لا يشبه حق القسم ، قال : والذي يظهر لي أن النزول بعوض لا يجوز ، وكذا بغير عوض ؛ أعني : لا يصح ولا يلزم ، وهـٰذا لا شك فيه إذا لم يتساويا فيما يجب من صفة الوظيفة ، أو تساويا ولم يوافق الناظر عليه لمصلحة رآها ، ويحتمل أن يجيء فيه وجه بعيد بالجواز إذا رضي الناظر وأمضاه ، وإذا لم يُمضه . . فهل يسقط حق النازل فيولي الناظر من شاء ، أم لا ؛ لأنه ترك لزيد ، فإذا لم يتم . . فهو علىٰ حقه ؟ فيه احتمال ، قال : **والأقرب** : الثاني ، وعلى التقديرين : له تولية غيره إن رآه مصلحة ، وليس للمنزول له حق إن لم يوافقه الناظر ، فإن وافقه . . فالظاهر : أن له حقاً كالمرأة الموهوبة إذا رضي الزوج ، وليس ذلك بتصرف النازل ؛ فإن ذلك ليس له بل للناظر ثم في هـٰذا الزمان يتمسك بالنزول بعد موت النازل ، ويظهر أنه ليس متمسكاً .

---

(١) المنهاج (ص ٤٧١) .

(٢) انظر « مغني المحتاج » (٤/١٢) ، و« حاشية الرملي » (٣/٢٣٦) .

(٣) الروضة (٣/١٥٣ ، ١٥٤) .

نعم ؛ إن رأى الناظر أهليته . . فلا بأس بجبر مقصد الميت بموافقته ، قال : وسيأتي في (الخلع) زيادة عليه . انتهىٰ .

٣٨٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٦٩] : (**وله أن يمنع زوجته من الخروج من منزله**) محله : ما إذا أيسر بالنفقة ؛ فإن أعسر بها . . فلها الخروج لتحصيلها ، وكذا تخرج لاستعدائها القاضي عليه إذا منعها حقها .

٣٨٧٣ـ قوله : (**فإن مات لها قريب . . استحب له أن يأذن لها في الخروج**)[١] يستثنىٰ منه : ما لو غلب علىٰ ظنه تعاطيها ما لا يحل ؛ من نياحة وغيرها . . فيحرم عليه حينئذ الإذن لها .

فصل

[في النشوز وما يتعلق به]

٣٨٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٦] : (**ظهرت أمارات نشوزها . . وعظها بلا هجرٍ**) قد يقتضي تحريم هجرها في المضجع في هٰذه الحالة ، وكلام « التنبيه » و« الحاوي » يقتضيه أيضاً[٢] ، ولا شك في تحريمه إذا فوت حقاً لها من قسم أو غيره ، وإلا . . فيظهر عدم تحريمه ؛ لأن الاضطجاع معها حقه ، فله تركه .

٣٨٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**وإن ظهر ذلك مرة واحدة . . ففيه قولان ، أحدهما : يهجرها ولا يضربها ، والثاني : يهجرها ويضربها**) فيه أمور :

أحدها : أن المراد : الهجر في المضطجع كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٣] ، والمراد به : أن يهجر فراشها ، فلا يضاجعها فيه ، وحكى الماوردي في تفسيره مع ذلك أربعة أقوال أخر : **أحدها** : ألاَّ يجامعها ، **والثاني** : ألاَّ يكلمها ويوليها ظهره فيه ، **والثالث** : أن يقول لها فيه هُجراً ؛ أي : إغلاظ القول ، **والرابع** : أن يربطها بالهِجَار ، وهو حبل يُربط به البعير[٤] .

أما الهجر في الكلام : ففي « أصل الروضة » أنه ممنوع ، قال : وفيما عُلّق عن الإمام حكاية وجهين في أنه محرم أو مكروه ، قال : وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً ، لكن إذا كُلم . . فعليه أن يجيب ، وهو كابتداء السلام وجوابه ، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول : لا منع من ترك الكلام بلا قصد ، فأما بقصد الهجران . . فحرام ؛ كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يأثم ،

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٦٩) .

(٢) التنبيه (ص ١٧٠) ، الحاوي (ص ٤٨٩) .

(٣) الحاوي (ص ٤٨٩) ، المنهاج (ص ٤٠٦) .

(٤) النكت والعيون (١/ ٤٨٢) .

ولو قصد بتركه الإحداد . . أثم ، وحُكي عن نص الشافعي : أنه لو هجرها بالكلام . . لم يزد علىٰ ثلاثة أيام ، فإن زاد . . أثم .

زاد النووي : **الصواب** : الجزم بتحريم الهجران فيما زاد علىٰ ثلاثة أيام وعدم التحريم في الثلاثة ، وهٰذا في الهجران لغير عذر شرعي ، فإن كان عذر ؛ بأن كان المهجور مذموم الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أوالمهجور . . فلا يحرم . انتهىٰ[1] .

وفي « المهمات » : أن الإمام في « النهاية » نقل عن شيخه : المنع في الزيادة على الثلاث ، ثم قال : وفيه نظر عندي ، ولو رأى استصلاحها في مهاجرتها في النطق . . فلست أرىٰ ذلك ممنوعاً ، وهو أهون من الضرب[2] ، قال : فالخلاف في « النهاية » علىٰ غير ما حكاه عنه ؛ فإن الكراهة لا ذكر لها بالكلية ، قال : ومقتضىٰ كلام الرافعي : إثبات الخلاف في الزيادة علىٰ ثلاث ، وهو واضح ؛ فإنه يقصد الإصلاح ، فجُوِّز علىٰ وجهٍ كالأجنبي ؛ فإنه يجوز فيه في هٰذه الحالة جزماً ، وحُرِّم علىٰ وجهٍ ؛ لأن تأديبها يحصل بأبلغ من ذلك ، وهو هجر المضجع ، بخلاف الأجنبي ، قال : واستدراك النووي مردود .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الصواب** : عدم الجزم بالتحريم فيما زاد علىٰ ثلاثة أيام في الناشزة ؛ فإنه لعذر شرعي ، وهو إزالة الضرر .

ثانيها : **الأظهر** : جواز ضربها في هٰذه الحالة ، وصححه النووي في « المنهاج » و« تصحيح التنبيه »[3] ، وفي زيادة « الروضة » : **إنه المختار الموافق لظاهر القرآن**[4] ، وحكىٰ في « الشرح الصغير » : ترجيحه عن ابن الصباغ وصاحب « المهذب »[5] ، ولم يذكر ترجيحاً يخالفه ، وحكىٰ في « الكبير » : ترجيح المنع عن الشيخ أبي حامد والمحاملي[6] ، وقال في « المحرر » : إنه الأولىٰ[7] ، وحكاه الماوردي عن الجديد[8] ، وقواه السبكي ، وعليه مشى « الحاوي » فإنه قيد الضرب بالتكرر[9] .

---

(١) الروضة (٧/٣٦٧) ، وانظر « الأم » (٥/١٩٤) .
(٢) نهاية المطلب (١٣/٢٧٩) .
(٣) المنهاج (ص ٤٠٦) ، تصحيح التنبيه (٢/٤٨) .
(٤) الروضة (٧/٣٦٩) .
(٥) المهذب (٢/٦٩) .
(٦) فتح العزيز (٨/٣٨٨) .
(٧) المحرر (ص ٣٢٠) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (٩/٥٩٧) .
(٩) الحاوي (ص ٤٨٩) .

ثالثها : محل جواز الضرب : أن يظن صلاحها به ، وإلا .. فلا يجوز ، كما ذكره الرافعي في (التعزير)[1] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٨٩] : (**إن نجع**)[2] .

٣٨٧٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٦] : (**فإن تكرر .. ضرب**) قال في « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**ضرباً غير مبرح**) و« الحاوي » [ص ٤٨٩] : (**لا مخوفاً**) ، وحكى الروياني عن الأصحاب : أنه يضربها بمنديل ملفوف أو بيده ، لا بسياط ولا بعصا ، وفي « النهاية » : لو كانت لا تنكف إلا بالضرب المبرِّح .. ليس له أن يبرِّح بها[3] ، وحكىٰ في (التعزير) عن المحققين : أنه لا يضربها أصلاً ، وطرده في كل تأديب[4] .

٣٨٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٦] : (**فإن أساء خلقه وآذاها بلا سببٍ .. نهاه ، فإن عاد .. عزَّره**) حكاه في « الروضة » وأصلها عن « التتمة » ، وعن « الشامل » وغيره : أنه يسكنهما بجنب ثقة ينظرهما ويمنعه من التعدي ، قال : والقولان متقاربان[5] .

ومفهومه : أنه لا يعزّره في المرة الأولىٰ وإن كان حراماً ، وقال السبكي : **القياس** : جواز تعزيره إذا طلبت ، قال : ولعل ذلك ؛ لأن إساءة الخلق بين الزوجين تكثر ؛ فالتعزير يورث وحشة ، فينهاه عسىٰ أن ينصلح ، فإذا عاد .. تعيّن التعزير .

٣٨٧٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٨٩] : (**وبتعديه .. حيل بينهما**) تبع فيه الغزالي[6] ، قال الرافعي والنووي : لم يتعرضوا لها[7] ، واعترضه في « المهمات » : بأن الإمام قد صرح بها أيضاً[8] .

قلت : وصرح الروياني في « البحر » بالمنع منها .

٣٨٧٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (وإن اشتد الشقاق .. بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها)[9] ليس في عبارتهم إفصاح عن كون هٰذا البعث واجباً أو مستحباً ، وقد قال البغوي : عليه بعثهما[10] ، قال الرافعي : وظاهره الوجوب ، وحجته : الآية ، وقال الروياني : يستحب[11] ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١١/ ٢٩٢) .

(٢) يقال : أنجع إذا نفع ، ونجع فيه القول والخطاب والوعظ : عمل فيه ودخل وأثر . انظر « لسان العرب » (٨/ ٣٤٨) .

(٣) نهاية المطلب (١٣/ ٢٧٨) .

(٤) نهاية المطلب (١٧/ ٣٤٧) .

(٥) الروضة (٧/ ٣٧٠) .

(٦) انظر « الوجيز » (٢/ ٤٦) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٩٠) ، و« الروضة » (٧/ ٣٧٠) .

(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٨٠) .

(٩) انظر « التنبيه » (ص ١٧٠) ، و« الحاوي » (ص ٤٨٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٦) .

(١٠) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٤٩) .

(١١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٩٠) ، والآية هي قوله تعالىٰ : ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ .

زاد النووي : **الأصح أو الصحيح** : الوجوب[1] .

قال في « المهمات » : بل **الصحيح** : الاستحباب ؛ فقد نص عليه الشافعي كما حكاه في « البحر » ، وكيف يتمسك بعبارة محتملة لمتأخر وكلام إمام المذهب ناصّ علىٰ خلافه ؟!

وقال شيخنا الإمام البلقيني : نص الشافعي في « الأم » أظهر في الوجوب مما قاله البغوي ؛ حيث قال : (فَحَقٌّ عليه) ، وهو مقتضىٰ قوله : لما أمر الله تعالىٰ ، وصرح الماوردي بالوجوب . انتهىٰ[2] .

وظاهر « المنهاج » و« الحاوي » وجوب كونهما من أهلهما ، وصرح « التنبيه » بأن ذلك أولىٰ ، وهو كذلك ، وإنما لم يجعل شرطاً ؛ لأن القرابة لا تشترط في الحاكم ولا في الوكيل .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : مقتضىٰ كلامهم : أنه لا يبعث الحكمين إلا إذا كان الزوج بالغاً عاقلاً والمرأة رشيدة ؛ لعدم إمكان الطلاق منه وعدم إمكان البذل منها ، وعندي : لا يمتنع بذلك بَعْثُهما ؛ لئلا يؤدي إلىٰ لزوم الضرر ، وكما يجوز فسخ النكاح بإعسار الصغير عن النفقة ، ويكون طلاقاً علىٰ قول مخرج . انتهىٰ .

٣٨٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٠] : (**بعث الحاكم حرين مسلمين عدلين**) قال النووي في « نكته » : كان يكتفي بذكر العدلين عن الحرين والمسلمين إلا أنه ذكره تأكيداً . انتهىٰ .

وبقي عليه : أنه يشترط اهتداؤهما إلى التصرف **على الأصح** .

٣٨٨١ـ قوله : (**وهما وكيلان لهما في أحد القولين . . . وهما حكمان من جهة الحاكم في القول الآخر . . . وهو الأصح**)[3] .

الذي **صححه الرافعي والنووي** الأول[4] ، وعليه مشى « المنهاج »[5] ، وقال البيهقي : إنه **أصح قولي الشافعي**[6] ، وقد يفهم اقتصار « الحاوي » علىٰ وصفهما بأنهما حكمان : موافقة القول الثاني ، لكنه تبع لفظ الآية الكريمة[7] ، والله أعلم .

* * *

---

(١) انظر « الروضة » (٧/ ٣٧١) .

(٢) انظر « الأم » (٥/ ١٩٤) ، و« الحاوي الكبير » (٩/ ٦٠٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٧٠) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٣٩١) ، و« الروضة » (٧/ ٣٧١) .

(٥) المنهاج (ص ٤٠٦) .

(٦) انظر « الأم » (٥/ ١١٦) ، و« سنن البيهقي الكبرىٰ » (٧/ ٣٠٧) .

(٧) الحاوي (ص ٤٨٩) .

كتاب الخُلْع

٣٨٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٧] : (هو فرقةٌ بعوضٍ بلفظ طلاقٍ أو خلع) فيه أمور :

أحدها : قال السبكي : أكثر الكتب ساكتة عن هـٰذا التفسير ، ولم يذكره الأكثرون ، وعبارة « المحرر » : الفرقة بين الزوجين علىٰ عوض يأخذه الزوج ، تارة بلفظ الخلع وأخرىٰ بلفظ الطلاق . انتهىٰ[(١)] .

فلم يذكره تفسيراً ، وفي « الشرح » نحوه ، وذلك لا يقتضي أنه بلفظ الطلاق يسمىٰ خلعاً ، بخلاف عبارة « المنهاج » ، وهي أصوب .

قلت : عبارة « الشرح » للرافعي : (وفُسّر الخلع في الشريعة : بالفرقة علىٰ عوض يأخذه الزوج)[(٢)] ، وكذا في « الروضة »[(٣)] ، فدخل في ذلك ما كان بلفظ طلاق وما كان بلفظ خلع ، ودخل فيه أيضاً : لفظ المفاداة ، ولفظ الفسخ مع النية ، فهي أوسع من عبارة « المنهاج » لترك التقييد بالطلاق والخلع ، فدخل فيها غيرهما مما ذكرناه .

لكن أورد عليها : أنه لو قيل : (راجعٌ إلى الزوج) بدل (يأخذه الزوج) . . لكان أولىٰ ؛ ليتناول ما إذا خالعها علىٰ ما ثبت لها عليه من قصاص أودين أو نحوهما .

وفي « فتاوى القفال » : أنه إذا علق الطلاق على البراءة مما لها عليه . . كان بائناً ، أو على البراءة مما لها علىٰ غيره . . كان رجعياً ، حكاه عنه الرافعي في أواخر تعليق الطلاق[(٤)] .

ثانيها : أنه ليس المراد : لفظ الطلاق بعينه ، بل : كل لفظ يقع به الطلاق صريحاً كان أو كناية .

ثالثها : زاد الماوردي في هـٰذا التعريف : بعوض مقصود[(٥)] ؛ ليخرج الدم ونحوه .

٣٨٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (ويكره الخلع إلا في حالين) ثم قال : (والثاني : أن يحلف بالطلاق الثلاث علىٰ فعل شيء لا بد منه فيخالعها ، ثم يفعل المحلوف عليه ، ثم يتزوجها) فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي أن يقول : (أن يحلف بما زاد علىٰ واحدة) ليدخل الحلف بطلقتين ، قاله النووي في « نكته » .

---

(١) المحرر (ص ٣٢١) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٣٩٤) .
(٣) الروضة (٧/ ٣٧٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١٥٢) .
(٥) الذي في « الحاوي الكبير » (١٠/ ٣) : (افتراق الزوجين علىٰ عوض) ، وليست فيه كلمة : (مقصود) .

ثانيها : الأحسن أن يقول : (علىٰ ألاَّ يفعل شيئاً لا بد له منه) ، حكاه في « الكفاية » عن الجيلي ، ثم قال : ولا يحتاج إليه ؛ لأن المراد من الحلف هنا : التعليق ، وإذا كان كذلك . . فيكون التقدير : أن يعلق طلاقها علىٰ فعل شيء لا بد منه ، وقد استقام الكلام .

ثالثها : ظاهر كلامه : حصول الخلاص بالخلع ولو كان المحلوف علىٰ فعله مقيداً بمدة ، وخالف في ذلك بعض المتأخرين ؛ فقال السبكي : دخلت على ابن الرفعة ، فقال : استفتيت في من حلف بالطلاق الثلاث لا بد أن يفعل كذا في هـٰذا الشهر ، فخالع في الشهر ؟ فأفتيت : بتخلصه من الحنث ، ثم ظهر لي أنه خطأ ، ووافقني البكري على التخلص ، فبينت له أنه خطأ[1] ، قال السبكي : فبحثت معه وجنحت إلى التخلص ، وهو لا يلوي عليه ، وقال : **الصواب** : أنه ينتظر ، فإن لم يفعل حتىٰ مضى الشهر . . بان وقوع الثلاث قبيل الخلع وبطل الخلع .

ثم سألت الباجي ، ولم أذكر له كلامه . . فوافقه ؛ لتمكنه منه ولم يفعله ، ثم رأيت في الرافعي في فروع في آخر (الطلاق) : لو قال : إن لم تخرجي الليلة من الدار فأنت طالق ، ثم خالع مع أجنبي في الليل وجدد ؛ ولم تخرج . . لم تطلق ؛ لأن الليل كله محل اليمين ، ولم يمض كله ، وهي زوجته حتىٰ تطلق ، ولو قال : إن لم تأكلي هـٰذه التفاحة اليوم فأنت طالق ، وقال لأمته : إن لم تأكلي التفاحة الأخرىٰ فأنت حرة ، فالتبستا ، فخالع وباع في اليوم ثم جدد واشترىٰ . . تخلص[2] ، وهـٰذا مخالف لقول ابن الرفعة والباجي .

قال السبكي : وخطر لي الفرق بين (إن لم أفعل) ، و(لأفعلن) : أن الأول تعليق على العدم ولا يتحقق إلا بالآخر ، فإذا صادفها الآخر بائناً . . لم تطلق وليس هنا إلا جهة حنث فقط ؛ فإنه إذا فعل . . لا نقول : برَّ ، بل لم يحنث ؛ لعدم شرطه ، وأما (لأفعلن) فالفعل مقصود ، وهو إثباتٌ جُزئيٌّ ، وله جهة برٍّ وهي فعله ، وجهة حنثٍ بالسلب الكلي الذي هو نقيضه ، والحنث بمناقضة اليمين وتفويت البرِّ ، فإذا التزمه وفوته بخلع من جهته . . حنث ؛ لتفويته البر باختياره ، هـٰذا نهاية ما خطر لي ، ولم أجد له مستنداً من كلام الناس ، فإن صح . . فالصيغ ثلاث : حلف على النفي ، وحلف على الإثبات بـ(إن لم أفعل) ويفيد فيهما الخلع ، وحلف بـ(لأفعلن) ولا يفيد فيه الخلع . انتهىٰ .

٣٨٨٤ـ قوله : (**يصح الخلع من كل زوج بالغ عاقل**)[3] أورد عليه النووي : أنه لا بد أن يقول : مختار ، فقال : **الصواب** : أن خلع المكره باطل[4] .

---

(١) في (أ) : (ووافقني أيضاً القمولي ، فبينت له أنه خطأ) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/١٥٧ ، ١٥٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٧١) .

(٤) انظر « تصحيح التنبيه » (٢/٥٣) .

قال النشائي : ولا يرد ؛ فإنه بينه في الطلاق ، وقال هنا : إنه إن كان بلفظ الطلاق.. فهو طلاق ، وفيه كفايةٌ . انتهىٰ[1] .

وأحال « المنهاج » ذلك على الطلاق ، فقال : (**شرطه : زوجٌ يصح طلاقه**)[2] ، وجعل السبكي قول « المحرر » : (يشترط لصحتها ـ أي : الفرقة ـ في الزوج : أن يكون ممن ينفذ طَلاقه)[3] أقوم من عبارة « المنهاج » لأن الزوج ركن لا شرط ، وكونه ينفذ طلاقه شَرْطٌ فيه ؛ فلا يصح من صبي ومجنون ومكره .

وجعل الغزالي أركانه خمسة : عاقدين ، وعوضين ، وصيغة[4] ؛ لأن حكم العاقدين فيه يختلف كثيراً ، وكذا العوضان ، وعدها في البيع ثلاثة ؛ لأن حكم العاقدين والعوضين فيه لا يختلف غالباً .

٣٨٨٥ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن كان الزوج سفيهاً فخالع.. صح خلعه ووجب دفع المال إلىٰ وليه**)[5] فيه أمران :

أحدهما : أنه يكفي دفعه إليه بإذن الولي كما حكاه الرافعي والنووي عن ترجيح الحناطي[6] ، قال صاحب « المطلب » : وهو ما يفهمه نصه في « الأم »[7] ، وحكاه شيخنا الإمام البلقيني عن تصحيح الروياني في « الكافي » ، وصحح صاحب « الانتصار » مقابله .

ثانيهما : قال الدّزماريُّ : صورة المسألة : أن يقول : (طلقت علىٰ ألف) فتقبل ، أما لو قال : (إن دفعت لي ألفاً أو هـٰذا فأنت طالق).. فيجوز لها دفع ذلك إليه ، دون وليه والفرق من وجهين :

أحدهما : أنه كان مالكاً لما في الذمة قبل الدفع ، بخلاف هـٰذا .

الثاني : أنها لو دفعت هـٰذا إلى الولي.. لم تطلق ؛ لعدم وجود المعلق عليه . انتهىٰ .

وصرح به قبله الماوردي والروياني[8] .

٣٨٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٧] : (**ولو خالع عبد.. صح ووجب دفع العوض إلىٰ مولاه**)

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٥) .
(٢) المنهاج (ص ٤٠٧) .
(٣) المحرر (ص ٣٢١) .
(٤) انظر « الوجيز » (٢/ ٤٩) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٧١٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٧) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤١١) ، و« الروضة » (٧/ ٣٨٤) .
(٧) الأم (٥/ ٢٠٠) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٨٥) .

قال في « التنبيه » [ص ١٧١] : (**إلا أن يكون مأذوناً له**) أي : في قبضه .

ويستثنىٰ أيضاً : ما لو قال العبد : إن دفعت لي كذا فأنت طالق . . فإنها تدفع إليه لا إلىٰ مولاه ، كما صرح به الماوردي والروياني[1] ، وسبق في السفيه مثله ، والمدبر والمعلق عتقه بصفة كالقن ، وأما المكاتب : فيسلم العوض إليه ؛ لصحة يده واستقلاله ، وذكر في « المحرر » مع العبد والسفيه : المحجور بالفلس[2] ، فحذفه « المنهاج » لأن في بيان حكمهما ما يغني عنه .

٣٨٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٧] : (**وشرط قابله : إطلاق تصرفه في المال**) كذا ملتمسُهُ ؛ فإنَّ باذل المال تارة يكون قابلاً مجيباً ، وتارة يكون ملتمساً مبتدئاً ؛ فيكون حينئذ موجباً والزوج قابلاً[3] ، وقد تناول ذلك قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**ويصح بذل العوض في الخلع من كل زوجة جائزة التصرف في المال**) ثم قال [ص ١٧١] : (**ويصح الخلع مع الزوجة ومع الأجنبي**) وشرط الأجنبي : جواز التصرف كالزوجة ، فعبارة « المنهاج » أخصر وأحسن لو قال : (باذله) .

وشرط الخلع مع الأجنبي : أن نقول : إن الخلع طلاق ؛ فإن قلنا : إنه فسخ . . لم يصح مع الأجنبي ؛ فلا بد من قيد الزوجية .

٣٨٨٨ـ قول « التنبيه » في الأمة [ص ١٧١] : (**وإن خالعت بغير إذنه . . ثبت العوض في ذمتها إلىٰ أن تعتق**) لم يفصح عن العوض ، وأوضحه « المنهاج » فقال [ص ٤٠٧] : (**وللزوج في ذمتها : مهر مثل في صورة العين ـ وفي قول : قيمتها ـ وفي صورة الدين : المسمىٰ ، وفي قول : مهر المثل**) وفيه أمور :

أحدها : محل ما ذكره في العين : ما إذا نجز الطلاق ؛ فإن قيده بتمليك تلك العين . . لم تطلق ، نبه عليه الماوردي[4] .

ثانيها : محل قوله : (**وفي قول : قيمتها**) : أن تكون متقومة ؛ فإن كانت مثلية . . فمثلها .

ثالثها : ما صححه في صورة الدين من المسمىٰ صححه أيضاً في « أصل الروضة »[5] ، لكن **الأظهر** في « المحرر » : وجوب مهر المثل أيضاً كمسألة العين[6] ، وهو **الأرجح** في « الشرح الصغير » ، ومشىٰ عليه « الحاوي » فقال [ص ٤٩٠] : (**ومع الأمة بلا إذن يوجب مهر المثل**) ، ونقل في « الكبير » : وجوب المسمىٰ عن العراقيين والقفال وأبي علي ، ثم قال : لكن نظم الكتاب

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٨٥) .
(٢) المحرر (ص ٣٢١) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢٤٣) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٨٤) .
(٥) الروضة (٧/ ٣٨٤) .
(٦) المحرر (ص ٣٢١) .

يقتضي ترجيح مهر المثل ، وهو الذي في « التهذيب » والموافق لما مر في الشراء والضمان ؛ فإنا بيّنا أن **الأصح فيهما** : البطلان . انتهى[1] .

وقد تبين بذلك أن اختصاره في كتابيه معاً غير مطابق لأصله ، فـ« المنهاج » مخالف لأصله صريحاً ، والترجيح في « الروضة » زيادة بلا تمييز مع مخالفته لـ« المحرر » و« الشرح الصغير » ، وفرق بين هـٰذا وبين الشراء بغير إذن السيد : بأنه لو صح الشراء . . لم يمكن جعل المبيع للعبد ؛ لكونه لا يملك ، ولا للسيد ؛ لكونه غير من لزمه الثمن ، ولا يجيء ذلك هنا ؛ فإن الخلع من الأجنبي يصح مع أن البضع لا يحصل له .

واعلم : أن الأمة لو خالعت بمال وشرطته إلىٰ وقت العتق . . فسد ووجب مهر المثل بعد العتق مع كونها عند الإطلاق لا تطالب به إلا بعد العتق ؛ لثبوت ذلك التأجيل بالشرع ، فلا تضر جهالته .

قال السبكي : وهـٰذا عجيب ؛ لأنه يوافق مقتضى العقد ويفسده .

٣٨٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**وإن كانت أمة فخالعت بإذن السيد . . لزمها المال في كسبها أو مما في يدها من مال التجارة**) محله : ما إذا لم يعين لها السيد عيناً ؛ فإن عين . . تعلق بالعين ، وإن قدر ديناً . . لزمها الوقوف عنده ، فإن زادت . . صح أيضاً ، لكن تتعلق الزيادة بذمتها ، وكذا إذا أطلق فزادت علىٰ مهر المثل ، وقد أوضح ذلك « المنهاج » فقال [ص ٤٠٧] : (**وإن أذن وعيّن عيناً له أو قدّر ديناً فامتثلت . . تعلق بالعين وبكسبها في الدين ، وإن أطلق الإذن . . اقتضىٰ مهر المثل من كسبها**) .

لكن أهمل ذكر مال التجارة ، وهو مثل الكسب ، واستوفىٰ ذلك « الحاوي » فقال [ص ٤٩٤] : (**و من الأمة بالإذن مما عين ، وكسبها ومال تجارتها ما قدّر ديناً ومهر المثل إن أطلق والزائد في ذمتها**) .

٣٨٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**وإن كانت مكاتبة فخالعت بغير إذن السيد . . فهي كالأمة ، وإن خالعت بإذنه . . فقد قيل : هو كهبتها ، وفيها قولان ، وقيل : لا يصح قولاً واحداً**) صحح النووي في « تصحيحه » : عدم الصحة فقال : (**والأصح** : أن اختلاع المكاتبة بإذنٍ كهو بلا إذنٍ)[2] وكذا قال في « الروضة » هنا : إنه **المذهب المنصوص**[3] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال في صور مهر المثل [ص ٤٩٠] : (**والمكاتبة ولو بإذن**) لكن **صحح** في « الروضة » في الكتابة تبعاً

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٤١٢) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٥٧٧) .

(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ٥٤) .

(٣) الروضة (٧/ ٣٨٥) .

لأصله : أنه علىٰ قولي التبرعات بالإذن ، وأن **الأصح** : الصحة[١] ، وهو الذي يدل عليه إطلاق « المنهاج » في بابه ، والذي في الرافعي هنا : أنه علىٰ قولي التبرعات ، لكنه نقل المنع عن النص ، فلا تناقض في كلامه[٢] .

غايته : أنه نبه علىٰ أن النص خلاف المصحح ، ولو اقتصر في « الروضة » علىٰ أنه المنصوص . . وافق الرافعي ، لكنه زاد لفظة : (**المذهب**) فوقع الخلل ، ثم أخذ منه في « تصحيح التنبيه » ، وصحح السبكي ما في (الكتابة) .

وقال في « المهمات » : إن المذكور هنا في « الروضة » غلط ، وقال الشيخ عز الدين النشائي : إنه وهم ، لكن مال ولده الشيخ كمال الدين إلىٰ غير ذلك[٣] .

واعلم : أن عدم الصحة هنا لا يرجع إلى الخلع ؛ فإنه واقع ، إنما هو بالنسبة إلى الإذن ، نبه عليه في « الكفاية » وهو حق لا بد منه .

٣٨٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**فإن كانت سفيهة . . لم يجز خلعها**) ظاهره وقوع الطلاق الرجعي ، لكن شرطه : قبولها ، وقد صرح بذلك « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وقد يتوهم منه أنه يلتحق به أيضاً : ما إذا قال لها : إن أبرأتيني من صداقك فأنت طالق ، فقالت في الحال : أبرأتك . . فيقع الطلاق رجعياً ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وقد رأيت أبا البقاء السبكي يتوهم ذلك وقال : إن الشيخ تقي الدين السبكي كان يفتي به ، قال شيخنا : ورأيت الشاميين لما قدمت عليهم ـ يعني : سنة تسع وستين ـ يتوهمون ذلك كالشيخ عماد الدين الحسباني وغيره ، قال شيخنا : وليس كذلك ، فلا يقع الطلاق هنا أصلاً ؛ لأن الصفة المعلق عليها وهي الإبراء لم توجد . . فلا طلاق ، قال : وقد صرح بذلك الخوارزمي في « الكافي » في أواخر (الخلع) انتهىٰ .

فلو قال لها : إن أعطيتيني ألفاً فأنت طالق . . فلشيخنا أيضاً فيه احتمالان ، **أرجحهما** : أنها لا تطلق بالإعطاء ؛ فإنه لا يحصل به الملك ، وليست كالأمة ؛ لأن تلك يلزمها مهر المثل بخلاف السفيهة ، **والاحتمال الثاني** : أن ينسلخ الإعطاء عن معناه إلىٰ معنى الإقباض فتطلق رجعياً كخلع السفيهة . انتهىٰ .

ومحل قولنا : بوقوع الطلاق الرجعي : ألاَّ يُجعل فسخاً ؛ فإن جعل فسخاً . . لم يقع شيء ، حكاه في « الكفاية » عن « التتمة » .

---

(١) الروضة (١٢/٢٨١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٤١٣) .

(٣) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٥ ، ١٤٦) .

(٤) الحاوي (ص ٤٩٣) ، المنهاج (ص ٤٠٧) .

٣٨٩٢ـ قول «الحاوي» [ص ٤٩٣] : (**ومن المريضة نفذ**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٠٧] : (**ويصح اختلاع المريضة**) لأن الواجب مهر المثل في بعض الصور ، ولو كان صحيحاً . . لوجب المسمىٰ ؛ فالتعبير بالنفوذ أولىٰ ، وهو الذي في « المحرر » و« الروضة » وأصلها[1] ، ولو بطل . . لم يترتب عليه أثر أصلاً ، ويحتمل أن يقال : هو صحيح حيث بانت والفاسد عوضه ، وفي كلام الشافعي والماوردي ما يؤيده[2] ، وتعبير « المنهاج » أحسن ؛ حيث صرح بأن المراد : مرض الموت[3] .

٣٨٩٣ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولا يحسب من الثلث إلا زائداً علىٰ مهر المثل**)[4] قال الرافعي : وقد جعلوا خلع المكاتبة تبرعاً ، فقضيته الاعتبار من الثلث وإن كان بمهر المثل أو أقل ، قال : فقال الأئمة : تصرف المريض أوسع وملكه أتم ؛ بدليل جواز صرفه المال في شهواته ونكاح الأبكار بمهور أمثالهن وإن عجز عن وطئهن ، ويلزمه نفقة الموسرين ، والمكاتب لا يتصرف إلا بقدر الحاجة ويلزمه نفقة المعسرين[5] .

٣٨٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٧] : (**ويصح عوضه قليلاً وكثيراً ديناً وعيناً ومنفعة**) ليس فيه ضابط ذلك ، وقد ضبطه « التنبيه » فقال [ص ١٧٢] : (**وما جاز أن يكون صداقاً من قليل وكثير وعين ودين ومال ومنفعة يجوز أن يكون عوضاً في الخلع**) وأورد عليه :

أن ذكره المال بعد العين يقتضي أنه يجوز أن تكون العين غير مال ؛ ولعل مراده بالمال : ما يبذل المال في مقابلته وإن لم يكن عيناً ؛ كالعفو عن القصاص . . فإنه يجوز جعله صداقاً .

وعبارة « الحاوي » [ص ٤٩١] : (**بعوضٍ متمولٍ معلومٍ ؛ كألف**) وأشار بالتمثيل إلىٰ أنه يُكتفىٰ بإبهام المميز من دراهمٍ وغيرها لفظاً إذا نويا نوعاً ، وقد ذكره « المنهاج » في أواخر الباب فقال : (**ولو خالع بألف ونويا نوعاً . . لزم ، وقيل : مهر مثلٍ**)[6] ، ويشترط أيضاً : القدرة على التسليم وغيرها من شروط العوض ؛ فضبط « التنبيه »[7] بالصداق أولىٰ .

٣٨٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**وإن ذكر بدلاً فاسداً . . بانت ووجب مهر المثل**) أورد عليه

---

(١) المحرر (ص ٣٢١) ، فتح العزيز (٨/٤١٥) ، الروضة (٧/٣٨٧) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/١٠٦) .

(٣) المنهاج (ص ٤٠٧) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٧٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٩٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٧) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٤١٥) .

(٦) المنهاج (ص ٤١٢) .

(٧) في (أ) ، (ب) ، (ج) : (المنهاج) ، والمثبت من (د) ، وهو الصواب .

شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » فقال : والصواب فيما إذا خالعها علىٰ مهر فاسد غير مقصود كالدم والحشرات : أن الطلاق يقع رجعياً .

وقال النشائي : قد يخرج بالفاسد الباطل ؛ بأن لا يقصد كالدم . . فلا بينونة ، ويؤيده إطلاق « الكفاية » وغيرها أن وكيلها إذا خالع بعوض فاسد . . وجب مهر المثل[1] .

وعبارة « المنهاج » [ص ٤٠٧] : (ولو خالع بمجهول أوخمر . . بانت بمهر المثل) ، وكذا ذكر « الحاوي » المجهول في صور وجوب مهر المثل[2] ، ومحله : إذا لم يكن فيه تعليق ، أو علق بإعطاء مجهول يمكن إعطاؤه مع الجهالة ، أما إذا قال : إن أبرأتينىٰ من صداقك فأنت طالق أو من دينك وهو مجهول فأبرأته . . لم تطلق ؛ لأن الإبراء لم يصح .

واعلم : أنه إذا خالع علىٰ معلوم ومجهول . . فسد المسمىٰ كله ووجب مهر المثل ، وذلك في « الروضة » وأصلها في آخر الباب الثاني من الخلع فيما لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ؛ بأن خالعها علىٰ كفالة ولده عشر سنين ترضعه منها سنتين وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه ، ولم يصف النفقة والكسوة بصفات السلم ، أو كان ذلك مما لا يجوز السلم فيه ، قال هناك : فالمسمىٰ فاسد ، والرجوع إلىٰ مهر المثل بلا خلاف . انتهىٰ[3] .

وهـٰذا بخلاف ما إذا خالع علىٰ صحيح وفاسد معلوم جاء فساده من غير الجهالة ؛ فإنه تُفَرَّق الصفقة . . فيصح في الصحيح ويفسد في الفاسد ، ويجب ما يقابله من مهر المثل ، ذكره في « الروضة » وأصلها في الخلع على الصداق قبل الدخول[4] ، فلو خالعها علىٰ ما في [كفها][5] ولم يكن فيه شيء . . ففي « أصل الروضة » عن « الوسيط » : أنه يقع الطلاق رجعياً ، قال : والذي نقله غيره وقوعه بائناً بمهر المثل ، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالحال ، والثاني فيما إذا ظن أن في [كفها] شيئاً ، زاد النووي : المعروف الذي أطلقه الجمهور ؛ كأصحاب « الشامل » و« التتمة » و« المستظهري » و« البيان » وغيرهم وقوعه بائناً بمهر المثل ، وهو مقتضىٰ كلام إمام الحرمين[6] .

وقال في « المهمات » : الذي ذهب إليه من الوجوب بمهر المثل كيف يُجامع ما ذهب إليه هو

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٦) .
(٢) الحاوي (ص ٤٩٠) .
(٣) الروضة (٤٠١/٧ ، ٤٠٣) .
(٤) الروضة (٣١٩/٧) .
(٥) في (ب) ، (ج) ، (د) : (كمها) ، والمثبت من (أ) ومن مصادر التخريج .
(٦) الروضة (٣٨٩/٧) ، وانظر « نهاية المطلب » (٤٩٧/١٣) ، و« الوسيط » (٣٢٦/٥ ، ٣٢٧) ، و« حلية العلماء » (٩٠٨/٢) ، و« البيان » (٢٤/١٠) .

وغيره من أن الخلع على الدم يقع رجعياً ؟! انتهىٰ .

وفي « أصل الروضة » أيضاً في أوائل (الخلع) عن « فتاوى البغوي » وجهان فيما لو اختلعت نفسها علىٰ بقية صداقها فخالعها عليه ولم يكن بقي لها عليه شيء . . هل تحصل البينونة بمهر المثل ؟ ورجح الحصول[1] .

وفيها أيضاً في أواخر (الخلع) عن « فتاوى القفال » : لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأته منه ؛ فإن جهلت الحال . . فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى ؟ فيه القولان ، ولو علمت . . نظر : إن جرىٰ لفظ الطلاق ؛ كقوله : طلقتك علىٰ صداقك . . فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها أم يقع رجعياً ؟

وإن جرىٰ لفظ الخلع ؛ فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق . . فهنا أولىٰ ، وإلا . . فوجهان ، بناء علىٰ أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال[2] ؟

وفي « الكافي » للخوارزمي : إن جهل . . بانت وعليها مهر المثل ، وإن علم . . فرجعي ولا شيء عليها .

قال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهره اعتبار علم الزوج وجهله ، **وهو الحق** ؛ ويؤيده بحث الرافعي في مسألة المخالعة علىٰ ما في كمها .

٣٨٩٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٢] : (**وبإعطاء الحر**) أي : والخلع بإعطاء الحر في قوله : إن أعطيتيني هـٰذا الحر فأنت طالق ، فأعطته . . رجعي ، تبع فيه الغزالي[3] ؛ لكن **الأشبه** في « شرحي الرافعي » : وقوعه بائناً بمهر المثل كهـٰذا المغصوب ، **وصححه** في « أصل الروضة »[4] .

٣٨٩٧ـ قوله : (**أو إن طلقتني فأنت بريء ، فطلق . . رجعي**)[5] كذا جزم به الرافعي في أوائل الباب الرابع ؛ وعلله : بأن تعليق الأبراء لا يصح ، ثم قال : ولا يبعد **أن** يقال : هـٰذا عوض فاسد ، فأشبه ما إذا ذكر خمراً أو خنزيراً ، وحكاه في أواخر الباب الخامس عن « فتاوى القاضي حسين » أن عليها مهر المثل ؛ لأنه لم يطلق مجاناً ، بل بالإبراء وظن صحته[6] .

وفي « المهمات » عن « تعليق القاضي » : أنه رجعي ، بخلاف ما في « فتاويه » ، وعن « الكافي » للخوارزمي وجهان ، وفي « المهمات » : أن وقوعه رجعياً **هو المشهور** .

---

(١) الروضة (٧/٣٧٦ ، ٣٧٧) .
(٢) الروضة (٧/٤٣٧) .
(٣) انظر « الوسيط » (٥/٣٤٠) .
(٤) فتح العزيز (٨/٤١٩) ، الروضة (٧/٣٩٠) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٩٣) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٤٦ ، ٤٤٧ ، ٤٧٦) .

٣٨٩٨ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فلو قال لوكيله : « خالعها بمئة » . . لم ينقص منها**)[1] يقتضي أن له الزيادة ، وقد جزموا بذلك مع جزمهم في التوكيل بالبيع من معين يمنع الزيادة علىٰ ما عُيِّن ؛ وعلته : قصد المحاباة وهي آتية هنا ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني وقال : إلا أن يفرق ؛ بأن الزوج متعين أبداً بخلاف المشتري ، فإذا عينه . . ظهر قصد المحاباة .

قلت : وقد يفرق ؛ بأن الخلع ليس من المعاوضات المبنية على المعاينة تارة والمحاباة أخرىٰ ، فلم ينظر فيه للتعيين .

٣٨٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٣] : (**وإن وكل الزوج في الخلع** ـ أي : وأطلق ـ **فنقص عن مهر المثل . . وجب مهر المثل في أحد القولين ، وفي القول الآخر : الزوج بالخيار بين أن يقر الخلع علىٰ ما عقد ، وبين أن يترك العوض ويكون الطلاق رجعياً**) صحح النووي في « تصحيح التنبيه » الأول ، وجعله في « الروضة » الأظهر[2] ، وصحح « المنهاج » تبعاً لـ« المحرر » قولاً ثالثاً ، وهو : عدم وقوع الطلاق أصلاً ، وعليه مشى « الحاوي »[3] ، وعبارة الرافعي في « الكبير » : رجح صاحب « التهذيب » : عدم الوقوع ، وكأنه أقوىٰ توجيهاً ، لكن العراقيون والروياني وغيرهم رجحوا الوقوع ، وعبارة « الصغير » : رجح بعضهم الوقوع ، والأقوىٰ : المنع ، وإليه ذهب البغوي[4] .

وقال السبكي : إنه المختار ، وفي «المهمات» : الفتوىٰ علىٰ ما في « الروضة » استناداً للأكثرين .

٣٩٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٣] : (**وإن قدر له البدل فخالع بأقل منه أو علىٰ عوض فاسد . . لم يقع الطلاق**) هو النص ، ونص فيما إذا أطلق فنقص عن مهر المثل . . وقوعه بمهر المثل[5] ؛ فقيل : بتقرير النصين ، والأصح عند الرافعي والنووي : التسوية بينهما ، وجعلهما علىٰ قولين ، والأصح بالاتفاق في النقص عن المقدر : عدم الوقوع ، وفي النقص عن مهر المثل عند الإطلاق ما تقدم ، وحكاية الخلاف في الأولىٰ ، والقطع في الثانية طريقة ثالثة[6] ، قال النشائي : لم أرها في غير « التنبيه » . انتهىٰ[7] .

ويُتعجب من تصحيح التخريج مع تصحيح الوقوع في صورة وعدمه في أخرىٰ ؛ فإنه عين التقرير ، وقد تقدم نظير ذلك .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٣) ، و« الحاوي » (ص ٤٩٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٨) .
(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ٥٦) ، الروضة (٧/ ٣٩١) .
(٣) المحرر (ص ٣٢٢) ، الحاوي (ص ٤٩٦) ، المنهاج (ص ٤٠٨) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٢١) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٥٧٩) .
(٥) انظر « الأم » (٥/ ٢٠٥) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٢١) ، و« الروضة » (٧/ ٣٩١) .
(٧) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٧) .

٣٩٠١ـ قوله : (**وإن وكلت المرأة في الخلع . . لم يخالع الوكيل علىٰ أكثر من مهر المثل**)[١] قد يفهم أنه لو زاد عليه . . لم تطلق ، وليس كذلك ، بل **الأصح** : أنها تبين بمهر المثل ، وقد ذكره « الحاوي »[٢] .

٣٩٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٢ ، ١٧٣] : (**فإن قدرت له العوض فزاد عليه . . وجب مهر المثل في أحد القولين ، ويجب في الثاني أكثر الأمرين من مهر المثل أو القدر المأذون فيه**) فيه أمور :

أحدها : **الأصح** : الأول ، كذا أطلق في « التصحيح »[٣] ، ومحله : ما إذا أضاف المال إليها كما سنذكره .

ثانيها : صورة المسألة : أن يقول : (اختلعتها من مالها بوكالتها) ، وكذا صورها « المنهاج » ، قال : (**وإن أضاف الوكيل الخلع إلىٰ نفسه . . فَخُلْعُ أجنبيٍّ والمال عليه ، وإن أطلق . . فالأظهر : أن عليها ما سمّت وعليه الزيادة**)[٤] ، وكذا ذكره « الحاوي »[٥] ، وقال السبكي : قد يتوهم من عبارة « المنهاج » وغيره أن الوكيل ليس عليه إلا الزيادة علىٰ ما سمّت ، وليس كذلك ، وعبارة الرافعي توضحه ؛ فإنه قال : ثبت على الوكيل ما سماه وفيما عليها منه قولان[٦] ، فإيجاب المسمىٰ بكماله على الوكيل لا نزاع فيه ؛ أعني : مسمى الوكيل ؛ لأنه التزمه بعقده ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : قوله : (**أطلق**) أي : اللفظ ، ولكنه لا بد أن ينويها كما صرح به في « النهاية »[٧] .

ثالثها : يرد على « التنبيه » و« المنهاج » : **أن الصواب** في حكاية القول الثاني : أن الواجب الأكثر من المأذون فيه ومن أقل الأمرين مما سماه الوكيل ومهر المثل ، فيزاد عليهما ما لم يزد مهر المثل علىٰ ما سماه الوكيل .

٣٩٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٣] : (**وإن خالع علىٰ مهر فاسد . . وجب مهر المثل**) قال في « الكفاية » : **صوابه** : (عوض فاسد) إذ لا مدخل للمهر في الخلع ، لكن لما قرر أنه كالصداق . . أطلقه عليه .

---

(١) انظر التنبيه (ص ١٧٢) .

(٢) الحاوي (ص ٤٩٦) .

(٣) تصحيح التنبيه (٥٦/٢) .

(٤) المنهاج (ص ٤٠٨) .

(٥) الحاوي (ص ٤٩٦) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٤٢٤/٨) .

(٧) نهاية المطلب (٤٨٣/١٣) .

٣٩٠٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٨] : (**ويجوز توكيله ذمياً**) لم يحترز به عن الحربي ؛ فلا فرق بينهما في ذلك كما نص عليه في « المختصر »[١] ، فلو عبر (بكافر) . . لكان أولىٰ ، وفي زيادة « الروضة » في (الوكالة) وجهان في صحة توكيل كافر في طلاق مسلمة[٢] .

٣٩٠٥ـ قوله : (**ولا يجوز توكيل محجور عليه في قبض العوض**)[٣] أي : محجور بسفه ، قال في « التتمة » : فإن فعل . . كان مضيعاً لماله ، وتبرأ المرأة بالدفع إليه ، حكاه عنه الرافعي ، وأقره[٤] ، وحمله السبكي علىٰ ما إذا كان العوض معيناً أو غير معين ؛ لكنه علق الطلاق بدفعه ؛ فإن خالع بمال في ذمتها . . قال : ينبغي ألاَّ يصح القبض ؛ لأن ما في الذمة لا يتعين إلا بقبض صحيح ؛ فإذا تلف . . كان على المرأة ، ويبقىٰ حق الزوج في ذمتها .

فصل

[في الطلاق بلفظ الخلع أو المفاداة]

٣٩٠٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**وإن كان لفظ الخلع أو المفاداة أو الفسخ ؛ فإن نوىٰ به الطلاق . . فهو طلاق ، وإن لم ينو به الطلاق . . ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه طلاق ، والثاني : أنه فسخ ، والثالث : أنه ليس بشيء**) فيه أمور :

أحدها : **الأظهر** في الخلع : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٠٨] : (**الفرقة بلفظ الخلع طلاقٌ**) ثم قال : (**ولفظ الخلع صريحٌ ، وفي قولٍ : كنايةٌ**)[٥] .

ثانيها : لا يخفىٰ أن محل الخلاف : في لفظ الخلع الذي لم يُقرن به لفظ طلاق ، أما لو قال : (خالعتك علىٰ طلقة بألف) . . فهو طلاق بلا خلاف .

ثالثها : ظاهر كلامهما : أن الخلع صريح في الطلاق وإن لم يقرن به عوض ، ولا سيما قول « المنهاج » بعد ذلك [ص ٤٠٨] : (**فعلى الأول : لو جرىٰ بغير ذكر مالٍ . . وجب مهر المثل في الأصح**) ، وعليه مشى « الحاوي »[٦] ، لكن قال « التنبيه » بعد ذلك [ص ١٧١] : (**ولا يصح الخلع إلا بذكر العوض**) ، قال في « الكفاية » : والمراد من عدم الصحة هنا : عدم البينونة بناء علىٰ أن مطلقه لا يقتضي المال . انتهىٰ .

---

(١) مختصر المزني (ص ١٩٠) .
(٢) الروضة (٤/٢٩٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٠٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٢٨) .
(٥) المنهاج (ص ٤٠٨) .
(٦) الحاوي (ص ٤٩٠) .

وهو الذي في « أصل الروضة » فقال : وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح. . فذاك إذا ذكر المال ؛ فإن لم يذكره. . فكناية **على الأصح**[1] ، وكذا في « تصحيح التنبيه » أن لفظ الخلع مع العوض صريح في الطلاق[2] .

وجعل شيخنا ابن النقيب كلام « الروضة » الذي حكيته مخالفاً لقول « المنهاج » [ص ٤٠٨] : (**لو جرىٰ بغير ذكر مال. . وجب مهر المثل في الأصح**) وعليه بنيت كلامي أولاً[3] ، **والحق** : أنه لا منافاة بينهما ؛ فإنه ليس في « المنهاج » أنه صريح مع عدم ذكر المال ؛ فلعل مراده : أنه جرىٰ بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقتران النية به ؛ ويدل علىٰ ذلك أنه في « الروضة » عقب ما تقدم عنه ، قال : وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان ، **أصحهما** عند الإمام والغزالي والروياني : نعم ، ثم قال : فإن أثبتنا المال ؛ فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوىٰ. . وجب مهر المثل وحصلت البينونة ، وإن جعلناه كناية ولم ينو. . لغا . انتهىٰ[4] .

ولذلك جمع شيخنا الإسنوي في « تصحيح التنبيه » بين ذكر الكلامين ، فقال بعد ذكر ما قدمته عن تصحيح النووي عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأصح : وصحة الخلع بدون ذكر العوض ، ولكن يجب مهر المثل . انتهىٰ[5] .

ومراده : مع اقتران النية ، وإنما حصل هـٰذا التوهم من إطلاق « المنهاج » تصحيح وجوب مهر المثل فيما لو جرىٰ بغير ذكر مال من غير أن يصرح باعتبار النية في ذلك ، ولا بأن الخلع عند عدم ذكر المال كناية ، لكنه في « الروضة » أوضح ذلك وبين الأمرين كما حكيته ، وعبارة « الحاوي » في ذلك قوية الإيهام ؛ فإنه قال [ص ٤٩٠] : (**إن مطلق الخلع يوجب مهر المثل**) ، ومقتضاه : أنه لا يحتاج معه إلىٰ نية ولا ذكر مال ؛ فإنه إنما يكون مطلقاً بذلك ، وقد يقال : إنما أراد الإطلاق في اللفظ : بالخلو عن ذكر المال ، ولا ينافي ذلك اقتران النية به ، لكن ليس في كلامه ما يدل على اعتباره .

رابعها : القول بأن الخلع فسخ نصره الشيخ أبو حامد في الخلاف ، لكنه قال مع ذلك : **الصحيح** : أنه طلاق ؛ لأنه قوله الجديد ، وقد نص عليه في أكثر كتبه ، وهو قول أكثر أهل العلم . انتهىٰ .

---

(١) الروضة (٧/ ٣٧٦) .
(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ٥٥) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢٦٣) .
(٤) الروضة (٧/ ٣٧٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٢٩٩) ، و« الوجيز » (٢/ ٤٨) .
(٥) تذكرة النبيه (٣/ ٢٩٨) .

وهـٰذا مخالف لقول « الروضة » : إن الشيخ أبا حامد رجحه[1] ، ولو عبر بأنه نصره كتعبير الرافعي . . لكان أولىٰ ، ولا يلزم من نصره في الخلاف وذكر أدلته ترجيحه ، وقال أبو مخلد البصري : **إن به الفتوىٰ** ، وأفتىٰ به من المتأخرين الشيخ تاج الدين الفركاح وولده الشيخ برهان الدين .

خامسها : **الأظهر** في المفاداة : أنه طلاق أيضاً ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٠٨] : (**والمفاداة كخلع في الأصح**) .

سادسها : رجح النووي في « تصحيحه » : أن لفظ الفسخ كناية في الطلاق ، وجزم به في « أصل الروضة » تفريعاً علىٰ أن الخلع طلاق ، وكذا جزم به « المنهاج »[2] ، وحكاية الخلاف في أن لفظ الفسخ صريح في الطلاق أوكناية فيه لا يعرف إلا في « التنبيه »[3] ولذلك قال في « الكفاية » : لم أر ذلك لأحدهما فيما وقفت عليه إلا ما حكاه الجيلي ، وقال : إنه **الأصح** في الكتب . انتهىٰ .

وحينئذ . . فيعترض علىٰ تصحيح النووي في تعبيره في ذلك بالأصح ، وكان ينبغي تعبيره فيه بالصواب .

سابعها : قال في « الكفاية » : كان من حقه تقديم ما إذا لم ينو به الطلاق علىٰ ما إذا نواه به ؛ فإن هـٰذه مفرعة علىٰ تلك .

٣٩٠٧ـ قول « المنهاج » فيما إذا بدأ بصيغة معاوضة [ص ٤٠٩] : (**ويُشترط قبولها بلفظ غير منفصلٍ**) أورد عليه : ما إذا قال : (أنت طالق علىٰ ألف) فأعطته ألفاً . . فإن ابن الصباغ والمتولي قالا : إنها تطلق وليس هناك لفظ ، وكلام ابن داوود يقتضي أنه منصوص .

٣٩٠٨ـ قوله : (**ولو اختلف إيجاب وقبول ؛ كـ« طلقتك بألف » فقبلت بألفين . . فلغوٌ**)[4] هو **الصحيح** في « الروضة » تبعاً لقول الرافعي : إنه **الظاهر** بعد نقله عن البغوي وغيره ، ثم نقل عن « الشامل » : أنه يصح ، ولا يلزمها إلا ألف[5] ، وحكاه القمولي عن القاضي أبي الطيب والمتولي أيضاً .

ثم ذكر « المنهاج » علىٰ سبيل الاستثناء من هـٰذه القاعدة : ما لو قال : (طلقتك ثلاثاً بألف)

---

(١) الروضة (٧/ ٣٧٥) .

(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ٥٥) ، الروضة (٧/ ٣٧٥) ، المنهاج (ص ٤٠٨) .

(٣) التنبيه (ص ١٧١) .

(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٠٩) .

(٥) الروضة (٧/ ٣٨٠) ، وانظر « التهذيب » (٥/ ٥٦٦) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٤٠٤ ، ٤٠٥) .

فقبلت واحدة بألف . . وقال : (**فالأصح : وقوع الثلاث ووجوب ألف**)[1] وهٰذه الصورة ترد أيضاً علىٰ قول « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**فإذا قال : « خالعتك علىٰ ألف »** . . .) إلىٰ أن قال : (**لم يصح حتىٰ يوجد القبول**) وخلط « الحاوي » مسائل بُدْأَتِهِ وبُدْأَتِهَا وأخرج ما يستثنىٰ منهما من التوافق ، فقال : (**ونحو قبول موافق ، أو إن طلبت ثلاثاً بألف فطلق واحدة بثُلثِهِ ، أو طلق ثلاثاً بألف فقبلت واحدة به ، أو طلبتا فأجاب واحدة ، أو خالعتكِ وضرَّتَكِ ، لا خالعتكما ، فقبلت**)[2] فهٰذه أربع صور ، وبقي عليه صورة خامسة وهي : ما لو قالت : (طلقني بألف) فقال : (طلقتك بخمس مئة) . . **فالأصح** : وقوعه بخمس مئة .

٣٩٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١ ، ١٧٢] : (**ويجوز على الفور وعلى التراخي**) ليس مراده : التخيير بينهما ، وإنما هو باعتبار الصيغ كما بينه بالمثال فقال : (**فإذا قال : « خالعتك علىٰ ألف » و« أنت طالق علىٰ ألف » أو « إن ضمنت لي ألفاً » أو « إن أعطيتني ألفاً » و« إذا أعطيتني ألفاً » فأنت طالق . . لم يصح حتىٰ يوجد القبول عقب الإيجاب وله أن يرجع فيه قبل القبول**)[3] قال في « الكفاية » : أي : والعطية ذكره في الفورية والرجوع ، وهو في الأول مُسَلّم وفي الثاني ممنوع ؛ فلا يجوز الرجوع عن التعليق كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] ، وقال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » **عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأصح** : وامتناع الرجوع قبل القبول فيما إذا قال : إن أعطيتني أو إذا أعطيتني علىٰ عكس ما في « التنبيه » . انتهىٰ[5] .

وقد عرفت أن « التنبيه » لم يصرح بذلك ، وإنما هو من تحميل شارحه له ، والوضع بين يديه كالإعطاء **على الأصح** ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي » وإن أوهم كلام « التنبيه » خلافه .

ويستثنىٰ من اعتبار الفور في العطية : ما لو كانت الزوجة أمة كما في « الروضة » وأصلها عن المتولي ؛ وعلله : بأنه لا ملك لها ولا يد غالباً ، قال : بخلاف قوله لها : (إن أعطيتني خمراً) يشترط فيه الفور[6] .

وأنكر ابن الرفعة مقالته وقال : لا فرق بين الحرة والأمة وكذا أنكره شيخنا الإمام البلقيني ، قال : والمبعضة والمكاتبة والمأذون لها في التجارة كالحرة ، ولا يأتي فيهن خلاف المتولي .

قال المتولي : ولو أعطته ألفاً من كسبها . . بانت ؛ لوجود الصفة ، وعليه رده للسيد ، ويطالبها

---

(١) المنهاج (ص ٤٠٩) .
(٢) الحاوي (ص ٤٩١) .
(٣) التنبيه (ص ١٧٢) .
(٤) الحاوي (ص ٤٩٢) ، المنهاج (ص ٤٠٩) .
(٥) تذكرة النبيه (٣/٢٩٩) .
(٦) فتح العزيز (٨/٤٠٦) ، الروضة (٧/٣٨١) .

بمهر المثل إذا عتقت ، لكنهما حكيا بعد ذلك عن البغوي : أنها لا تطلق ؛ لأنها أعطته ما لا تملك ، وبالأول قال القاضي حسين .

٣٩١٠ـ قولهم في التعليق : (**بمعنىٰ : أنه لا يشترط فيه الفورية**)[1] محله : ما إذا كان في الإثبات ، وقد يفهم ذلك من تمثيل « التنبيه » و« المنهاج » ، فأما في النفي كقوله : (متىٰ لم تعطيني ألفاً فأنت طالق) . . فإنه للفور ، فإذا مضىٰ زمن يمكن فيه الإعطاء فلم تعطه . . طلقت ، ذكره الماوردي[2] .

٣٩١١ـ قول « المنهاج » و« الحاوي » فيما إذا بدأت : (**فلها الرجوع**)[3] قال ابن الرفعة : رأيت في « الأم » ما ينازع في جواز رجوعها[4] ، قال السبكي : وأنا رأيته أيضاً ، وجزم الغزالي والرافعي بجوازه ، فلينظر ما يقتضيه كلام باقي الأصحاب[5] .

٣٩١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٦] : (**ولو طلبت ثلاثاً بألف ، فطلق طلقة بِثُلُثِهِ . . فواحدة بِثُلُثِهِ**) لا يختص هـٰذا الحكم بما إذا قال : (بثلثه) ، بل لو اقتصر علىٰ قوله : (طلقتك واحدة) . . كان الحكم كذلك في وقوع واحدة بثلثُه ؛ ولذلك لم يقيده « التنبيه » به ، بل قال [ص ٤٠٩] : (**فطلقها طلقة**) .

ومحل ما ذكروه أيضاً : فيما إذا كان يملك عليها الثلاث ، فإن لم يملك عليها إلا واحدة . . استحق جميع الألف **على الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[6] ، و« الحاوي » بقوله [ص ٤٩٦] : (**أو أفاد الكبرىٰ**) .

٣٩١٣ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٦] : (**وإن طلبت ثلاثاً بألف ، فطلق واحدة بألف وثنتين مجاناً . . لا تقع الأولىٰ**) تبع فيه الغزالي ؛ فإنه قال : إنه **القياس** بعد أن ذكر أن **المشهور** : وقوع الأولىٰ بثلث الألف وعدم وقوع الثنتين ؛ لبينونتها[7] ، وتبع إمامه ؛ فإنه قال : إنه **القياس الحق**[8] ، قال الرافعي : وهو **حسن متجه** ، قال : وقول الأئمة : إن الأولىٰ تقع بالقسط ، ولا يقع الباقي للبينونة بعيد . انتهىٰ[9] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٢) ، و« الحاوي » (ص ٤٢٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٠٩) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٤٦) .
(٣) الحاوي (ص ٤٢٩) ، المنهاج (ص ٤٠٩) .
(٤) الأم (٥/ ٢٠٣) .
(٥) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/ ٢٦٩) ، وانظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٠٧) .
(٦) المنهاج (ص ٤١١) .
(٧) انظر « الوجيز » (٢/ ٥٣) .
(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٤٠٠) .
(٩) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٥٤) .

فتبع « الحاوي » ذلك وترك المنقول .

٣٩١٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**وإن خالعها علىٰ مال وشرط فيه الرجعة . . سقط المال وثبتت الرجعة في أصح القولين ، وفيه قول آخر : أنه لا تثبت الرجعة ، بل يسقط المسمىٰ ويجب مهر المثل**) فيه أمور :

أحدها : كان ينبغي التعبير بالعوض ؛ لأنه أعم من المال .

ثانيها : تعبيره بالسقوط يقتضي الثبوت ، وليس كذلك .

ثالثها : نقل في « الروضة » وأصلها القطع بالأول عن الجمهور[١] .

رابعها : قد يدخل في عبارته ما لو خالعها بعوض علىٰ أنه متىٰ شاء رده وكان له الرجعة ، وقد نص فيه الشافعي على البينونة بمهر المثل وجزم به بعضهم ؛ لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتىٰ سقطت . . لا تعود ، وقيل : بطرد الخلاف[٢] .

وعبارة « المنهاج » [ص ٤٠٩] : (**وإذا خالع أو طلق بعوض . . فلا رجعة ، فإن شرطها . . فرجعيٌّ ولا مال ، وفي قول : بائن بمهر المثل**) فيرد عليه الأخيران دون الأولين .

٣٩١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٠٩ ، ٤١٠] : (**ولو قالت : « طلقني بكذا » وارتدت فأجاب ؛ إن كان قبل دخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة . . بانت بالردة ولا مال ، وإن أسلمت فيها . . طلقت بالمال**) خرج بعطفه الإجابة بالفاء ما إذا أجاب قبلها . . فإنها تطلق ويجب المال ، وكذا لو وقعا معاً ، وقال السبكي في هٰذه الصورة الثانية : تظهر بينونتها بالردة ، ولم أره للأصحاب ، قال المتولي : ومثله لو سألته فارتد هو[٣] .

٣٩١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٢] : (**ولا يضر تخلل كلام يسير بين إيجاب وقبول**) يتناول ما لو كان أجنبياً عن العقد ، وهو مقتضىٰ كلام « الروضة » وأصلها في الخلع والطلاق ، لكن في (البيع) : يشترط ألاَّ يطول الفصل بين الإيجاب والقبول ، ولا يتخللهما كلام أجنبي عن العقد ، فإن طال أو تخلل . . لم ينعقد[٤] ، وكذا في أوائل (الخلع)[٥] ، ومقتضاه : أن تخلل الكلام اليسير الأجنبي يقدح ، ويوافقه قول « شرح المهذب » في (البيع) : ولو تخللت كلمة أجنبية . . بطل العقد[٦] ، وكذا في « أصل الروضة » في أوائل

---

(١) الروضة (٧/٣٩٨) .

(٢) انظر « الروضة » (٧/٣٩٨) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٢٧٢) .

(٤) الروضة (٣/٣٤٠) .

(٥) الروضة (٧/٣٩٥) .

(٦) المجموع (٩/١٦٠) .

(النكاح) في الكلام على الخطبة : ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق بالعقد ولا يستحب فيه . . بطل العقد **على الأصح**(١) .

وحيث قلنا : إن الكلام الأجنبي يضر . . فمحله إذا كان من المخاطب المطلوب منه الجواب ، فإن كان من المتكلم . . فوجهان ، واقتضىٰ إيراد الرافعي أن **المشهور** : أنه لا يضر ، ثم حكىٰ عن البغوي التسوية بينهما(٢) .

فصل

[في قوله : أنت طالق وعليك ألف]

٣٩١٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**وإن قال : « أنت طالق وعليك ألف » . . وقع الطلاق رجعياً ولا شيء عليها**) له شروط :

أحدها : أن يبتدىء بذلك ؛ فلو سبق طلبها ؛ بأن قالت : (طلقني بألف) ، فقال : (أنت طالق وعليك ألف) . . استحق الألف ؛ لأن السؤال كالمعاد ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤١٠] : (**ولم يسبق طلبها بمالٍ**) وقال : (**وإن سبق . . بانت بالمذكور**)(٣) .

ثانيها : ألاَّ يتفقا علىٰ إرادة الإلزام ، فلو قال : أردت بهـٰذا اللفظ : ما يراد بـ (طلقتك علىٰ ألف) وصدقته علىٰ ذلك . . **فالأصح** : أنها تبين منه بالعوض الذي ذكره ، ويصير المعنىٰ : ولي عليك ألف عوضاً عنه ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤١٠] : (**فإن قال : أردت ما يراد « بطلقتك بكذا » وصدقته . . فكهو في الأصح**) أي : فكما قال ، فيقع بائناً بالمسمىٰ ، وهي عبارة قلقة لا يفهم منها المقصود إلا بتوقيف ، فقد يفهم أن المراد : أن هـٰذه الصورة كالتي قبلها في وقوعه رجعياً بلا عوض ، وهو خلاف المراد ، وعبر « الحاوي » عن ذلك بقوله [ص ٤٩٤] : (**والإخبار والشرط التزام لا صريح إلزام**) بمعنىٰ : أن الإخبار من الرجل بقوله : (ولي عليك) ليس صريحاً في الإلزام ، وذلك يقتضي أنه كناية فيه ، فيقبل عند اتفاقهما عليه ، لكن ما ذكره في الشرط نحو قوله : (خالعتك علىٰ أن لي عليك ألفاً) تبع فيه الغزالي ؛ فإنه قال : إنه يقع رجعياً(٤) ، لكن الأكثرون علىٰ أنه يقع بائناً بالألف ، وعليه مشى « المنهاج » ، وعبر عنه بالمذهب(٥) .

ثم هـٰذا الخلاف في الشرط الإلزامي كما مثلنا ، فأما الشرط التعليقي كقوله : (أنت طالق إن

---

(١) الروضة (٧/ ٣٥) .
(٢) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٧١ ، ٥٧٢) ، و« فتح العزيز » (٨/ ٤١٠) .
(٣) المنهاج (ص ٤١٠) .
(٤) انظر « الوجيز » (٢/ ٥١) .
(٥) المنهاج (ص ٤١٠) .

أعطيتني ألفاً).. فإنه صريح في الإلزام قطعاً ويرد على « الحاوي » أيضاً : الشرط الأول ، وهو سبق طلبها ؛ فإنه لم يذكره .

وقال الرافعي فيما ذكرناه في الشرط الثاني : مقتضاه : أنه لو قال : بعتك ولي عليك كذا).. أن يصح بناء علىٰ صحته بالكناية[1] .

قال ابن الرفعة : وهو يشعر بالمنع إن لم يصححه بها ، وفيه نظر ؛ لأن الكناية هنا في العوض لا في صيغة العقد التي هي محل الخلاف هناك ، أما إذا لم تصدقه.. فلا يلزمها المال قطعاً سواء قبلت أم لا ، وفيما إذا قبلت.. احتمال للسبكي في أن قبولها كتصديقها ويقع الطلاق في الظاهر مؤاخذة له ، هـٰذا هو المنقول ، قال السبكي : وفيه نظر ؛ لأن هـٰذه الجملة كما تحتمل العطف تحتمل الحال ، فتكون مقيدة وقد ادعىٰ إرادة ذلك ، فكيف يقع الطلاق مع هـٰذا الاحتمال ؟ وأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ.. فيقطع بعدم الوقوع .

ثالثها : ألاَّ يشيع في العرف استعمال هـٰذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه ، فإن شاع.. فهو كقوله : (طلقتك علىٰ ألف) ، حكاه الرافعي والنووي عن المتولي ، ولم يعترضاه[2] ، وهـٰذا إن صح وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً ، لكنه مخالف لنقلهما عن الأكثرين تقديم اللغة على العرف ، ويقوي كلام المتولي فيما إذا قصد ذلك ؛ لتَقَوِّي كلٍّ من العرف والقصد بالآخر ، وقد سئلت عمن قال لزوجته : (أبرئيني وأنت طالق) وقصد تعليق الطلاق على البراءة ، وهـٰذا اللفظ شائع عرفاً في التعليق ، وأجبت فيه بالحمل على التعليق ، والله أعلم[3] .

٣٩١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٥] : (**ولو قال** : « **طلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً** » ، **فقالت** : « **طلقت وضمنت** » **أو عكسه**.. **بانت بألف**) هـٰذا هو **المشهور** ، وذهب الماوردي إلى اشتراط تقديم الضمان[4] ، ومال إليه شيخنا الإمام البلقيني بحثاً ، ثم قال : ولو قيل : تقول : (طلقت ضامنة) علىٰ معنىً أن يكون الطلاق في حالة الالتزام لم يبعد ، لكن لفهم المعنىٰ صار منظوراً إليه ، وطرح النظر إلىٰ ظاهر اللفظ . انتهىٰ .

ويعتبر وقوعهما في مجلس التواجب **في الأصح** ، وقيل : في مجلس العقد ما لم يتفرقا ، وهو المعتبر في خيار المجلس في البيع ، **ورجحه** القاضي أبو الطيب ، وقيل : لها أن تطلق نفسها متىٰ شاءت .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٣٣) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٣٣ ، ٤٣٤) ، و« الروضة » (٧/٤٠٤) .

(٣) انظر « حاشية الرملي » (٣/٢٥٣) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/٥٨) .

قال الرافعي : ولم يختلفوا في اشتراط الضمان في المجلس ، واشتراطه فيه دون التطليق مشكل ؛ فإنه مجرد وعد لا التزام فيه[1] .

نعم ؛ في « النهاية » و« التتمة » وجه ـ إذا قلنا : التفويض إليها توكيل ـ أن الضمان على التراخي ، فإذا ضمنت .. ملكت أن تطلق ؛ كقوله لرجل : (طلقها إن ضمنت لي ألفاً) .. فإنه متراخ[2] .

وقال ابن الرفعة : إنه لا يجوز أن يفرق بين الضمان والتطليق ، فيكون أحدهما في مجلس التواجب ويؤخر الآخر عنه ، بل يجب تواليهما تعجيلاً أو تأخيراً إن لم يعتبر الفور ، وقال : إن كلام القاضي والإمام والغزالي مصرح به .

٣٩١٩ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٥] : (**وأنت طالق علىٰ ألف إن شئت فقالت** : « **شئت أو قبلت** ») تبع فيه الغزالي ؛ فإنه **صحح** أن أحد هٰذين اللفظين كافٍ ، ولا يجب الجمع بينهما[3] ، وهو مقتضىٰ كلام الشيخ أبي محمد ، وقيل : لا بد من الجمع بينهما ، وقطع المتولي بأنه يتعين لفظ المشيئة خاصة ، واختاره الإمام[4] ، وقال النووي : هو **الأصح** ، بل **الصحيح**[5] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : يشهد له نص الشافعي في « المختصر » في موضعين[6] .

٣٩٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٠ ، ٤١١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٤] : (**وإن قال** : « **إن أقبضتيني** » .. **فقيل** : **كالإعطاء** ، **والأصح** : **كسائر التعليق فلا يملكه** ، **ولا يُشترط للإقباض مجلسٌ** .

قلت : **ويقع رجعياً** ، **ويُشترط لتحقق الصفة أخذٌ بيده منها**) فيه أمور :

أحدها : أنه وقع في موضع من الرافعي و« الروضة » أن التعليق على الإقباض كالتعليق على الإعطاء[7] ، **والمعتمد** : هو المذكور هنا .

ثانيها : أن محل ذلك : ما إذا لم يقترن به ما يدل على الاعتياض ؛ كأن يقول : (إن أقبضتيني كذا وجعلتيه لي) أو (لأصرفه في حاجتي) وما أشبه ذلك ، حكاه الرافعي عن « التتمة » ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٣٤ ، ٤٣٥) .
(٢) نهاية المطلب (١٣/ ٤١٧) .
(٣) انظر « الوجيز » (٢/ ٥١) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٣٧٤ ، ٣٧٥) .
(٥) انظر « الروضة » (٧/ ٤٠٧) .
(٦) مختصر المزني (ص ١٨٨ ، ١٨٩) .
(٧) فتح العزيز (٨/ ٤٢٨) ، الروضة (٧/ ٤٠٨) .

وأقره[1] ، وقال في « الروضة » : إنه متعين[2] .

وقال في « المهمات » : هو استدراك كما أطلقه غيره ، كذا ذكره في « الشرح الصغير » ، وعبر بأنه كالإعطاء بلا خلاف .

ثالثها : قال شيخنا الإمام البلقيني : اشتراط أخذه منها إنما هو في صورة : (**إن قبضت منك**) ، وكلام جمع من الأصحاب يدل علىٰ ذلك ، أما لو قال : (**إن أقبضتيني**) فوضعته بين يديه . . فهو كاف لإيقاع الطلاق رجعياً ؛ لأنها أقبضته .

وقال في « النهاية » : إذا قال : (**إن أقبضتيني**) فجاءت به وأوقعته بين يديه . . فهـٰذا إقباض ، ولا يشترط في تحقيق الإقباض أن يقبض الزوج بالبراجم[3] .

٣٩٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٤١١] : (**ولو مكرهة**) إنما ذكره الرافعي وتبعه في « الروضة » فيما إذا قال : (**إن قبضت منك**) لا في قوله : (**إن أقبضتيني**) .

قال السبكي : فإن فرض الإكراه من أجنبي . . فلا شك في عدم وقوع الطلاق ؛ لأن الإقباض الاختياري لم يوجد منها ، والإقباض بالإكراه الملغي شرعاً لا اعتبار به ، فذكره في « المنهاج » علىٰ هـٰذا التقدير سهو ، وإن فُرِضَ الإكراه من الزوج على الإقباض المعلق عليه . . **فالحق أيضاً** : عدم الوقوع ، وفيه احتمال بعيد ضعيف مستمد من أنه المالك للطلاق ، ثم قال : وعلىٰ كل تقدير لم أجد مخرجاً لقول « المنهاج » : (**ولو مكرهة**) ، وهو محمول على السهو ، قال : وليس كما إذا أكره الزوج رجلاً علىٰ طلاق زوجته . . فإن **الأصح** : الوقوع فيه ؛ لأنه مبالغة في الإذن .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : فيما لو قال : (**إن أقبضتيني**) فأقبضته مكرهة . . القولان فيما إذا وجد المعلق عليه بالإكراه في نظير ما نحن فيه من (إن دخلت الدار فأنت طالق) **وأصح القولين** : أنها لا تطلق ، قال : وهـٰذا هو الذي جرىٰ عليه الإمام في « النهاية »[4] والغزالي في « البسيط » وصاحب « الذخائر » ، وهو مقتضىٰ كلام « التتمة » ، قال : وما وقع في زيادة « المنهاج » وهمٌ انتقل له من قوله : (**إن قبضت**) إلىٰ قوله : (**إن أقبضتيني**) .

٣٩٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**وإن قال : « إن أعطيتيني عبداً من صفته كذا » فأنت طالق ، فأعطته عبداً علىٰ تلك الصفة . . بانت**) شرطه : أن يستوعب صفات السلم كما صرح به « المنهاج »[5] ، ولم يصرح « الحاوي » باعتبار وصفه ، ولا بد منه .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٢٨ ، ٤٣٩) .
(٢) الروضة (٧/٤٠٨) .
(٣) نهاية المطلب (١٣/٣٩١) .
(٤) نهاية المطلب (١٣/٣٩١) .
(٥) المنهاج (ص ٤١١) .

٣٩٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**فإن كان معيباً . . فله أن يرده ويرجع إلىٰ مهر المثل في أحد القولين ، وإلىٰ قيمة العبد في القول الآخر**) **الأصح** الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » علىٰ قلاقة في لفظه[١] .

٣٩٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤١١] : (**ولو قال : « عبداً » . . طلقت بعبدٍ ، إلا مغصوباً في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : أنه يقتضي حصر الاستثناء في المغصوب ، وليس كذلك ، وقد قال « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**وإن أعطته مكاتباً أو مغصوباً . . لم تطلق**) ، وذكر « الحاوي » الصورتين أيضاً[٢] ، وليس في « المحرر » ما يقتضي الحصر .

وفي معنىٰ ذلك : المشترك والمرهون ، وكذا المستأجر إذا لم نجوز بيعه .

ثانيها : محله : ما إذا اقتصر علىٰ قوله : (**إن أعطيتيني عبداً**) ، فلو ضم إليه وصفه بكونه مغصوباً . . ففيه خلاف مرتب ، وأولىٰ بالوقوع ، ومقتضىٰ إيراد السبكي ترجيحه .

ثالثها : صورة المسألة : أن تغصب عبداً لغيرها ، فتعطيه إياه ، أما إذا أعطته عبداً لها مغصوباً . . فقال الماوردي : قال أبو حامد الإسفراييني : لا تطلق ؛ لأنه لا يصح أن يملك بالعقد ؛ كالمكاتب ، والذي أراه أنها تطلق تغليباً للصفة ، ويجوز بيعه من غاصبه علىٰ أنه يخرج بدفعه عن الغصب[٣] ، قال الروياني بعد نقل ذلك : وذكر القفال مثله في كل مغصوب ، وفيه نظر .

٣٩٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٢] : (**وإن قال : « إن أعطيتيني هـٰذا العبد » فأنت طالق ، فأعطته وهي تملكه . . بانت ، فإن كان معيباً . . فله أن يرده ويرجع بمهر المثل في أحد القولين**) هو **الأصح** .

٣٩٢٦ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٤ ، ٤٩٥] : (**و خالعتك علىٰ هـٰذا الثوب وهو مرويٌّ**[٤] ، **أو علىٰ هـٰذا الثوب المرويِّ ، أو علىٰ أنه مرويٌّ ، وهو هرويٌّ**[٥] ، **وله رده**) ما ذكره في الصورتين الأوليين مخالف للمنقول الذي حكاه الرافعي عن البغوي ؛ وعلله : بأنه لا تغرير من جهتها

---

(١) الحاوي (ص ٤٩٤) ، المنهاج (ص ٤١١) .

(٢) الحاوي (ص ٤٩٥) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٦٠) .

(٤) **المرْوي** ـ بإسكان الراء بلا خلاف ، ولا يجوز فتحها ـ : منسوب إلىٰ مرو ، المدينة المشهورة بخراسان ، وانظر « المجموع » (٩/ ٢٧٥) .

(٥) **الهروي** ـ بفتح الهاء والراء وكسر الواو وتشديد الياء ـ : منسوب إلىٰ هراة ، وهي إحدىٰ مدن أفغانستان المشهورة . وانظر « تهذيب الأسماء » (٣/ ٣٥٥) .

ولا اشتراط منه[1] ، ثم قال الرافعي : وقد يقال : قوله : (**وهو كذا**) أفاد الاشتراط في قوله : (إن أعطيتيني هـٰذا الثوب وهو كذا) حتىٰ لا يقع الطلاق ، إذا لم يكن كذلك . . فلم لم يفد الاشتراط في قوله : (**خالعتك**) ؟ ثم أجاب عنه : بأنه في قوله : (إن أعطيتيني) دخل علىٰ كلام غير مستقل ، تمامه : (فأنت طالق) ، فيقيّدُ ما دخل عليه ، بخلاف قوله : (خالعتك علىٰ هـٰذا الثوب) فإنه كلام مستقل ، فجعل قوله : (وهو مروي) جملة برأسها ، ولم يتقيد به الأول[2] .

واقتصر « التنبيه » على الصورة الثالثة ، ثم قال : (**وإن خرج كتاناً . . بانت ، ويجب رد الثوب**)[3] نسبه الرافعي للعراقيين[4] ، وصححه في « أصل الروضة »[5] ، ولم يعترضه في « التصحيح » ، واعترض في « المهمات » علىٰ تعبير « الروضة » بقوله : قطع به العراقيون ؛ لأن صاحب « التنبيه » منهم ، وقد حكىٰ فيه وجهين .

٣٩٢٧ـ قوله : (**ويرجع إلىٰ مهر المثل في أحد القولين**)[6] **هو الأصح** ، والمروي بإسكان الراء ولا يجوز فتحها قطعاً ، قاله النووي في « شرح المهذب » في (بيع الغرر)[7] .

٣٩٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤١١] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٠] : (**ولو قالت : « طلقني غداً بألف » فطلق غداً أوقبله . . بانت بمهر المثل**) فيه أمور :

أحدها : أن الذي في « المحرر » : (طلقني غداً ولك عليّ ألف)[8] زاد في « الروضة » وأصلها : (أو إن طلقتني غداً . . فلك عليّ ألف) أو (خذ هـٰذا الألف علىٰ أن تطلقني غداً) فأخذه ، ولم يتعرض للتصريح بهـٰذه الصورة ، وهي قوله : (طلقني غداً بألف) والحكم فيها واضح ، ولكن أردت التنبيه علىٰ أنها ليست في مطولات كلام الرافعي والنووي ، وعبارة « أصل الروضة » هنا : لم يصح ولم يلزم الطلاق ؛ لأنه سَلَمٌ في الطلاق ، والطلاق لا يثبت في الذمة[9] .

ثانيها : نازع شيخنا الإمام البلقيني في البينونة فيما إذا طلق قبله ، وقال : إنه غير مُسَلّم معنىٰ

---

(١) انظر « التهذيب » (٥/٥٥٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٤٥) .
(٣) التنبيه (ص ١٧٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٤٤) .
(٥) الروضة (٧/٤١٤) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٧٢) .
(٧) المجموع (٩/٢٧٥) .
(٨) المحرر (ص ٣٢٥) .
(٩) الروضة (٧/٤٢٤) .

ونقلاً ، أما المعنىٰ : فلأن غرضها بقاء العصمة واستمرار حقوقها إلىٰ ذلك الوقت ، واليوم مثال ، فالشهر والسنة كذلك ، وإذا ظهرت المخالفة . . وقع الطلاق رجعياً ، وبه جزم الماوردي[1] .

قال : وفي « النهاية » : لو عجل الطلاق قبل الوقت . . ففي استحقاقه العوض احتمال ؛ من جهة أنه من وجه خالف غرضها ، ومن وجه عجل الفراق ، ونظره الإمام بما إذا قالت : (خالعني) فطلقها وقلنا : الخلع فسخ[2] ، وقد صحح الرافعي والنووي في هٰذه المسألة : أنه لا يقع الطلاق ، وقضيته هنا أن يقع رجعياً . انتهىٰ[3] .

ثالثها : خص القاضي حسين والبغوي ذلك بمن طلق جاهلاً بالبطلان ؛ فإن علم . . فرجعي[4] ، وكذا ذكر المتولي ، وصرح بأن محله : إذا لم يذكر مالاً ، فإن ذكره . . فمبتدىء ، وضعفه الإمام ، واستشهد بالخلع على الخمر وسائر الأعواض الفاسدة ، قال : والذي قطع به الأصحاب البينونة بمهر المثل علم الفساد أو جهله[5] ، ولم يصرح في « الروضة » وأصلها بترجيح شيء من ذلك .

٣٩٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤١١] : (**وقيل : في قول : بالمسمىٰ**) قال شيخنا الإمام البلقيني : إنه وهم ، وإن صواب القول الثاني : إيجاب بدل المسمىٰ .

٣٩٣٠ـ قوله : (**وإن قال : « إذا دخلت . . فأنت طالق بألف » ، فقبلت ودخلت . . طلقت على الصحيح بالمسمىٰ**)[6] لا بد من كون القبول على الفور **على الصحيح** ، بخلاف الدخول .

٣٩٣١ـ قوله : (**وفي وجهٍ أو قولٍ : بمهر المثل**)[7] كذا في « المحرر »[8] ، **والمرجح في** « الروضة » و« الشرحين » : أنه وجه[9] .

٣٩٣٢ـ قولهم : (**ويصح اختلاع أجنبي**)[10] محله : ما إذا أتىٰ بلفظ الطلاق أو بلفظ الخلع ، وقلنا : إنه طلاق ، فإن جعلناه فسخاً . . لم يصح ؛ لأن الفسخ بلا سبب لا ينفرد به الزوج فلا يصح طلبه منه .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٧٣) .
(٢) نهاية المطلب (١٣/ ٤٣٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٠٣) ، « الروضة » (٧/ ٣٧٨) .
(٤) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٧٢) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٣/ ٤٣٧) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤١١) .
(٧) انظر « المنهاج » (ص ٤١١) .
(٨) المحرر (ص ٣٢٥) .
(٩) فتح العزيز (٨/ ٤٦١) ، الروضة (٧/ ٤٢٦) .
(١٠) انظر « التنبيه » (ص ١٧١) ، و« المنهاج » (ص ٤١١) ، و« الحاوي » (ص ٤٩٦) .

فائدتان

[تتعلقان بخلع الأجنبي]

إحداهما : جعل الماوردي رغبة الأجنبي في نكاح تلك المرأة غرضاً صحيحاً في مخالعته[1] ، قال السبكي : وقد يُستنكر ذلك ، وقد يجاب : بأن سعد بن الربيع قال لعبد الرحمٰن بن عوف : (انظر أي زوجتيَّ شئت أنزل لك عنها)[2] ، فإذا فُرض مثل هٰذا بقصد صالح . . فلا بأس ، قال السبكي : فأخذت من هٰذا جواز بذل المال لمن بيده وظيفة ليستنزله عنها له أو لغيره ، أو لمجرد استنقاذها منه وكان لا يمكن نزعها منه إلا بذلك ، فإن كان غير أهل . . حرم عليه الأخذ ؛ لوجوب الترك عليه ، وإلا . . جاز ، قال : وما برحت أفكر فيه ؛ لعموم البلوىٰ به ، والذي استقر رأيي عليه هٰذا ، لكن بالنسبة إلى الحل بين الباذل والآخذ لإسقاط حقه منها ، وأما تعلق حق المنزول له بها . . فلا ، بل الأمر فيه إلى الناظر يفعل المصلحة من امتناع وإمضاء ، فلو شرط الباذل على النازل حصولها له . . لم يجز ، فلو رضي النازل والمنزول له والناظر بذلك العوض من غير شرط . . جاز ، قلته استنباطاً من مسألة الخلع ، وقواه عندي كلام الماوردي السابق . انتهىٰ[3] .

ثانيهما : سئل شيخنا الإمام البلقيني عما لو قال أجنبي لزوج امرأتين : طلق إحداهما علىٰ ألف في ذمتي ؛ فأجاب : بأن هٰذا السؤال لا يصح ؛ لأن الأجنبي في الخلع فرع الزوجة .

ولو قال لزوجتيه : (إحداكما طالق بألف) فقبلتا . . لم يصح كما قاله البغوي[4] ، قال : فإذا أجابه الزوج . . فمقتضىٰ كلام البغوي : أنه لا يقع شيء ، **والأرجح عندنا** : وقوعه رجعياً إذا علم فساد هٰذا ؛ كما لو خالع مع أجنبي فقال له : طلقها علىٰ هٰذا المغصوب أو الحر . . فإن **الأرجح** : أنه يقع رجعياً .

٣٩٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤١١] : (**وهو كاختلاعها لفظاً وحكماً**) استثني منه علىٰ وجه : ما لو قال : (طلقها ولك ألف) ولم يقل : (عليّ) فإن لم يلزم في الزوجة . . فأولىٰ ، وإن لزمها . . فوجهان .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٨٠) .

(٢) أخرجه البخاري (١٩٤٣) من حديث عبد العزيز بن عبد الله حدثنا إبراهيم بن سعدٍ عن أبيه عن جده قال : قال عبد الرحمٰن بن عوفٍ رضي الله عنه : (لما قدمنا المدينة . . آخىٰ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيني وبين سعد بن الربيع ، فقال سعد بن الربيع : إني أكثر الأنصار مالاً فأقسم لك نصف مالي وانظر أي زوجتي هويت نزلت لك عنها ، فإذا حلت . . تزوجتها ، قال : فقال عبد الرحمٰن : لا حاجة لي في ذلك . . . الحديث) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٢٨٥ ، ٢٨٦) .

(٤) انظر « التهذيب » (٥/ ٥٦٦) .

٣٩٣٤ـ قوله : (**ولوكيلها أن يختلع له**)[١] أي : بالتصريح أو النية ، فإن صرح بوكالتها أو نواها . . فلها ، وإن لم يصرح بشيء ولا نواه . . قال الغزالي : وقع للوكالة ، وفي كلام الشافعي والأصحاب ما يدل له ، وقال الرافعي : **القياس الظاهر** : وقوعه له[٢] .

٣٩٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧١] : (**وليس للأب والجد ولا لغيرهما من الأولياء أن يخلع الطفلة بشيء من مالها**) فيه أمور :

أحدها : لو اقتصر علىٰ ذكر الأب . . لفهم غيره من طريق الأولىٰ .

ثانيها : المجنونة والسفيهة كالطفلة .

ثالثها : مقتضاه : أنه لا أثر لذلك ، ومحله : ما إذا صرح بأنه بالولاية ، فإن صرح بالاستقلال . . فهو خلع بمغصوب ، فيقع بائناً بمهر المثل **على الأصح** ، وقد سلم « المنهاج » من جميع ذلك ، فقال [ص ٤١١] : (**وأبوها كأجنبي فيختلع بماله ، فإن اختلع بمالها وصرح بوكالةٍ أو ولاية . . لم تطلق ، أو استقلالٍ . . فخلعٌ بمغصوبٍ**) .

وبقي : ما إذا لم يصرح بشيء ؛ فإن لم يذكر أنه من مالها . . فهو خلع بمغصوب ، وإن ذكر أنه منه . . وقع الطلاق رجعياً ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٤٩٣] : (**ومن الأب مطلقاً بما ذكر أنه من مالها . . رجعي**) ومحل ذلك أيضاً : إذا لم يختلع الأب بصداقها ، فإن اختلع بصداقها . . **فالمنصوص** وقوعه رجعياً ، ولا يبرأ من صداقها ، ولا شيء على الأب ، إلا أن يضمن له درك ذلك . . فيقع بائناً وعليه مهر المثل ؛ كالاختلاع بمغصوب ، كذا حكاه في « الروضة » وأصلها عن إطلاق الجمهور من العراقيين وغيرهم[٣] ، ونص عليه في « الأم »[٤] .

وفرق الإمام والغزالي بين أن يضمن له البراءة عن الصداق فتطلق رجعياً ولا شيء على الأب ، وبين أن يصرح بالمقصود فيقول : وأنا ضامن للصداق إن طولبتَ به . . أديتُ عنك ، فيقع بائناً ، وعلى الأب مهر المثل[٥] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال في أوائل الباب [ص ٤٩٠] : (**ومع الأب بشرط الضمان إن طولب بالمهر عليه**) أي : على الأب ، وأشار بذلك إلى الصورة الثانية ، ثم قال بعد ذلك : (**أو أنه ضامن براءته عليه . . رجعي**)[٦] وأشار بذلك إلى الصورة الأولىٰ .

وقال شيخنا الإمام البلقيني في اختلاع الأب بصداقها : إنما يقع رجعياً إذا اختلع بالصداق

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤١١) .
(٢) انظر « الوسيط » (٥/٣٥١) ، و« فتح العزيز » (٨/٤٦٣) .
(٣) الروضة (٧/٤٢٩ ، ٤٣٠) .
(٤) الأم (٥/١٩٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٣/٤٢٩) ، و« الوجيز » (٢/٥٤) .
(٦) الحاوي (ص ٤٩٣) .

نفسه ، فإن عبر بالصداق علىٰ معنىً مثل الصداق وكانت قرينة تقتضي ذلك من حوالة الزوج على الأب وقبول الأب لها بحكم أنها تحت حجره . . فالذي أفتيت به في ذلك ونحوه : أن الطلاق يقع بائناً بمثل الصداق ، وتقدير المثل في ذلك متعين كما في قوله : بعت بما اشتريت وربح درهم مثلاً ، وكقوله عليه الصلاة والسلام : « فإن باعه . . فهو أحق به بالثمن »[1] ، قال : والخلاف في : (بعت بما باع به فلان فرسه) و(أوصيت له بنصيب ابني) ما لم تكن قرينة تدل علىٰ إرادة المثل ، فمع القرينة يصح قطعاً . انتهىٰ[2] .

فصل

[في الاختلاف]

٣٩٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٢] : (**ادعت خلعاً فأنكر . . صُدِّق بيمينه**) قد يفهم أنه لو عاد وصدقها . . لم يستحق العوض ، وقد صرح الماوردي باستحقاقه ؛ لأن الطلاق لزمه وهي معترفة به[3] .

٣٩٣٧ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن قال : « طلقتك بكذا » فقالت : « مجاناً » . . بانت ولا عوض**)[4] محله : ما إذا حلفت ، وهو واضح ، وقد يفهم أنه ليس لها نفقة العدة ، وليس كذلك ، قال الماوردي : ولو عادت واعترفت بأنه طلق بالعوض . . لزمها دفعه إليه[5] .

٣٩٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٢] : (**وإن اختلفا في جنس عوضه أو قدره ولا بينة . . تحالفا**) أحسن من عبارة « التنبيه » حيث لم يصرح بعدم البينة ، لكنه زاد : (**ما لو اختلفا في عينه أو في تعجيله أو في عدد الطلاق الذي وقع به الخلع**)[6] فهو من هٰذه الجهة أحسن ، وقد تناول ذلك كله قول « الحاوي » في (البيع) [ص ٢٨٨] : (**إن اختلف المتعاقدان أو الوارث في صفة عقد معاوضةٍ اتفقا علىٰ صحته ولا بينة أو لكلٍّ بينةٌ**) .

٣٩٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٢] : (**ولو خالع بألف ونويا نوعاً . . لزم ، وقيل : مهر مثل**) فيه أمور :

أحدها : أن صورة المسألة : ألاَّ يكون في البلد نقد غالب ؛ فإن كان . . حمل عليه .

---

(١) أخرجه مسلم (١٦٠٨) ، واللفظ للبيهقي في « السنن الكبرىٰ » (١١٣٥٣) .
(٢) انظر « حاشية الرملي » (٣/ ٢٦١) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٨٩) .
(٤) انظر « التنبيه » (١٧٣) ، و« المنهاج » (ص ٤١٢) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٨٩)
(٦) التنبيه (ص ١٧٣) .

ثانيها : أنه مثل بإبهام الجنس ثم صور بإبهام النوع ، وكأن ذلك إشارة إلىٰ أن الحكم لا يختلف ، وهو كذلك عند الجمهور ، واغتفر بعضهم إبهام النوع دون الجنس ؛ لكثرة الاختلاف في الأجناس ، فلو اشتد الإبهام ؛ كقوله : (خالعتك علىٰ ألف شيء) فقبلت ونويا شيئاً معيناً . . فقال القاضي حسين : التسمية فاسدة ؛ لشدة الإجمال ، فيرجع إلىٰ مهر المثل ، قال الرافعي : ويمكن أن ينازعه غيره[1] .

ثالثها : قال الشيخ أبو محمد : إنما تؤثر النية عند نيتهما نوعاً إذا تواطأا قبل العقد علىٰ ما يقصدانه ولا أثر لحصول التوافق من غير تواطؤ ، قال الرافعي : واعترضوا عليه وراعوا مجرد التوافق[2] ، وقال النووي : هو **الأصح** ، وقول الجويني ضعيف[3] .

٣٩٤٠ـ قوله : (**ولو قال** : « **أردنا دنانير** »[4] ، **فقالت** : « **بل دراهم أو فلوساً** » . . **تحالفا على الأول ، ووجب مهر المثل بلا تحالف على الثاني**)[5] مقتضاه : تفريع الخلاف في هٰذه على التي قبلها ، فإن قلنا هناك بلزوم المنوي . . تحالفا ، وإن قلنا : بمهر مثل . . فكذلك هنا ، وعبارة « المحرر » تقتضي تفريع الخلاف في هٰذه الصورة **على الصحيح** في التي قبلها ، لا تفريع الخلاف على الخلاف ؛ فإنه قال : ولو قال : (خالعتك علىٰ **ألف**) فقبلت ، ثم قال الزوج : (أردنا الدنانير) وقالت : (أردنا الدراهم أو الفلوس) . . **فأصح الوجهين** : أنهما يتحالفان ، **والثاني** : أنه يجب مهر بلا تحالف .

والصورة مفرعة علىٰ أن الخلع يقبل الإبهام في لفظ الألف **وهو الأظهر** ، ومراده بذلك : لزوم المنوي عند الاتفاق عليه .

٣٩٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٣] : (**وإن قال** : « **خالعتك علىٰ ألف في ذمتك** » ، **فقالت** : « **علىٰ ألف في ذمة زيد** » . . **بانت** ؛ **وتحالفا في العوض**) القول بالتحالف مفرع علىٰ جواز بيع الدين لغير من هو عليه كما في « الروضة » وأصلها[6] ، ومقتضاه : أن **الأصح** : عدم التحالف ؛ لأن **الأظهر** : أنه لا يصح بيعه لغير من هو عليه وإن كان **الأصح** من زوائد « الروضة » في البيع : الصحة[7] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٦٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٦٩) .
(٣) انظر « الروضة » (٧/ ٤٣٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٦٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤١٢) .
(٦) فتح العزيز (٨/ ٤٧٣) ، الروضة (٧/ ٤٣٥) .
(٧) الروضة (٣/ ٥١٤) .

قال في « الكفاية » : ويمكن أن يجعل صورته ما إذا ادعت المرأة بالخلع بطريق الوكالة عن زيد والإضافة إليه ، وقد صورها الجيلي بذلك .

٣٩٤٢ـ قوله : (وإن قال : « طلقتك بعوض » ، فقالت : « طلقتني بعد مضي الخيار » . . بانت والقول قولها في العوض)[١] المراد : بعد زمان لا يعد فيه كلامك جواباً لسؤالي ، فسمي الزمان الصالح لجواب الخطاب فيه زمان الخيار ؛ لتمكن كل منهما فيه من إتمام العقد وعدمه .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٣) .

كتاب الطلاق

٣٩٤٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٣] : (**يشترط لنفوذه التكليف إلا السكران**) فيه أمور :

أحدها : أن استثناء السكران من اشتراط التكليف من زيادته على « المحرر » و« الشرحين » ، وذكره في « الروضة » بحثاً فقال : قد اقتصر على اشتراط التكليف الغزالي وغيره ، وقد يورد عليه : السكران ؛ فإنه يقع طلاقه على المذهب ، وهو غير مكلف كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول ، ولكن مرادهم : أنه غير مخاطب حال السكر ، ومرادنا هنا : أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد(١) .

قال السبكي : ولا حاجة لهٰذه الزيادة ؛ لأن مذهب الشافعي أن السكران مكلف .

وقال شيخنا ابن النقيب : صرح الجويني في « الفروق » والقاضي في « فتاويه » والبغوي كلهم في (الأذان) وابن الصباغ والجرجاني وابن أبي عصرون وصاحب « الاستقصاء » وغيرهم كلهم في (الطلاق) بأنه مكلف ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ ﴾ الآية ، وأجاب عنها في « المستصفىٰ » . انتهىٰ(٢) .

ويوافق تكليف السكران قول « الحاوي » [ص ٤٩٧] : (**إنما يصح طلاق المكلف وإن سكر**) .

ثانيها : أهمل هو و« الحاوي » أنه يشترط في المطلق أن يكون زوجاً ، وذكره « التنبيه » هنا(٣) و« المنهاج » في (الخلع)(٤) ، وينفذ من غير الزوج إذا كان نائباً عنه ؛ إما بالوكالة أو شرعاً كالقاضي في المولىٰ .

ثالثها : يشترط أيضاً : أن يكون مختاراً ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي » هنا(٥) و« المنهاج » في (البيع) ، فقال من زيادته : (**وعدم الإكراه بغير حق**)(٦) ، وذكر « المنهاج » مسألة المكره بعد ذلك إلا أنه لم يذكر ذلك في شروط المطلق .

٣٩٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٤] : (**ويقع الطلاق بالصريح**) أي : بغير نية كما صرح به

---

(١) الروضة (٨/٢٣) .

(٢) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/٢٩٤) ، وانظر « الفروق » (١/٣١٢) ، و« التهذيب » (٢/٥٢) ، و« المستصفىٰ » (١/١٦٠) .

(٣) التنبيه (ص ١٧٣) .

(٤) المنهاج (ص ٤٠٧) .

(٥) التنبيه (ص ١٧٣) ، الحاوي (ص ٤٩٧) .

(٦) المنهاج (ص ٢١٠) .

« المنهاج »[1] ، ودل عليه قول « التنبيه » بعده : (**والكناية مع النية**) ويشترط قصد حروف الطلاق لمعنى الطلاق ، فلو لفظ أعجمي به بالعربية وهو لا يدري معناه ، لكنه نوىٰ به الطلاق . . لم يقع في **الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[2] .

فإن قلت : قد ساوى الصريح الكناية في اعتبار القصد .

قلت : الذي تميزت به الكناية عن الصريح أن يقصد الإيقاع بذلك اللفظ ؛ وقد حكى الرافعي في الكناية عن البوشنجي : أن الطلاق إنما يقع بقوله : (أنت عليّ حرام) إذا نوىٰ حقيقة اللفظ وقصد إيقاعه[3] .

واستثنىٰ في « المطلب » من قولهم : بوقوع الطلاق بالكناية مع النية : السكران ، وقد يقال : لا يتصور منه النية ، وبتقدير تصورها منه . . فكيف لا يقع طلاقه ؟

٣٩٤٥ـ قولهما : (**الصريح** : **الطلاق والفراق والسراح**)[4] كذا الخلع **على الأصح** مع ذكر المال ، وكذا إن لم يذكر علىٰ ما تقدم ، وكذا المفاداة علىٰ ما تقدم في الخلع ، وقد ذكرهما « الحاوي » هنا ، وذكر أيضاً : (**حلال الله علي حرام**)[5] وهو في ذلك تابع للرافعي ، لكن بشرط اشتهاره في الطلاق[6] ولم يذكره ، وقد ذكره « المنهاج » بقيد الاشتهار ، **وصحح** أنه كناية[7] ، وحكاه في « الروضَة » عن قطع العراقيين والمتقدمين[8] ، ونص عليه الشافعي ، وأطلق « التنبيه » أن قوله : (**أنت حرام**) كناية[9] ، وقال النشائي : إنه مبني علىٰ أن الاشتهار في الطلاق لا يلحقه بالصريح[10] ، وفيه نظر ؛ فإن محل ذلك : في قوله : (أنت علي حرام) فأما قوله : (أنت حرام) كما في « التنبيه » . . فإنه كناية قطعاً كما صرح به البغوي[11] ، وذكر « الحاوي » أيضاً (نعم) في جواب : (طلقت) لطلب الإنشاء[12] ، وفيه نظر ؛ فإن الصريح هو لفظ الطلاق المقدر بعده المدلول عليه بلفظ : (نعم) .

---

(١) المنهاج (ص ٤١٣) .
(٢) المنهاج (٤١٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٢٤) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٧٤) ، و« المنهاج » (ص ٤١٣) .
(٥) الحاوي (٤٩٨) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٥١٤ ، ٥١٥) .
(٧) المنهاج (ص ٤١٣) .
(٨) الروضة (٨/٢٥) .
(٩) التنبيه (ص ١٧٤) .
(١٠) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٨) .
(١١) انظر « التهذيب » (٦/٣٠) .
(١٢) الحاوي (ص ٤٩٨) .

٣٩٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**وإن قال لها : « أنت الطلاق » . . فقد قيل : هو صريح ، وقيل : هو كناية) الأصح** : أنه كناية ، وقد ذكره « المنهاج »[١] ، ويدل عليه أن « الحاوي » لم يذكره في الصرائح .

٣٩٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٣] : (**وترجمة الطلاق بالعجمية صريح على المذهب**) كذا سائر اللغات ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٩٨] : (**وترجمتها**) ولم يقيد ، وكأن « المنهاج » أراد بالعجمية : ما عدا العربية .

وتناولت عبارة « الحاوي » ترجمة غير الطلاق من الفراق والسراح والخلع ، وقد ذكرها « المحرر »[٢] ، واكتفى « المنهاج » بالطلاق ؛ كأنه لإشعاره بباقيها ، لكن الخلاف في غير الطلاق بالترتيب وأولىٰ بعدم الصراحة ، قال الإمام : **وهٰذا أظهر**[٣] ، وبه أجاب الروياني في « الحلية » .

٣٩٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٤] : (**فإن ادعىٰ أنه أراد طلاقاً من وثاق أو فراقاً بالقلب أو تسريحاً من اليد . . لم يقبل في الحكم وقبل فيما بينه وبين الله تعالىٰ**) يستثنىٰ منه : ما إذا كان ثم قرينة ؛ كما لو قال لها ذلك وهو يحلها من وثاق . . **فالأصح** : القبول في الظاهر أيضاً ، ولو صرح بذلك في لفظه فقال : (أنت طالق من وثاق) وكذا باقيها . . خرج عن الصراحة إلى الكناية .

قال المتولي : هٰذا في الظاهر ، وأما فيما بينه وبين الله تعالىٰ . . فشرطه : قصد الإتيان بهٰذه الزيادة من أول اللفظ ، فإن عنت له في أثنائه . . فوجهان يأتيان في الاستثناء وغيره ، وإن لم تعن له إلا بعد الفراغ . . طلقت ، قال : وكذا الكلام إذا لم يتلفظ بها ونواها . . فعلىٰ هٰذا التفصيل ، وفي كلام الماوردي ما قد يخالفه ؛ فإنه قال : إن الآتي بالصريح وهو (طلقتك) قد يندم ، فيصله بقوله : (من وثاق) ، ثم قال : لا معنىٰ لهٰذا التوهم ؛ لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه ؛ كقولنا : (لا إلـٰه إلا الله) ، لا نقول : كَفَرَ أولاً ، فخاف ، فاستدرك[٤] ، ونقل في « البحر » هٰذا السؤال والجواب عن الشافعي[٥] .

قلت : **والحق** أنه لا يخالفه ؛ لأن هٰذا إنما هو في الظاهر ، ولو اعترف الآتي بكلمة التوحيد بأنه كان قصده النفي المطلق ثم عن له بعد فراغ النفي الإثبات . . حكمنا بكفره ، ولم يدخل في الإسلام بما أتىٰ به من الإثبات ، بل لا بد من تجديد لفظ كامل ، والله أعلم .

٣٩٤٩ـ قول « التنبيه » في ألفاظ الكناية [ص ١٧٤] : (**واعزبي**) هو بالعين المهملة والزاي ، كذا

---

(١) المنهاج (ص ٤١٣) .
(٢) المحرر (ص ٣٢٦) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٦٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ١٥٧) .
(٥) بحر المذهب (١٠/ ٥١ ، ٥٢) .

ضبطه النووي ، قال : ووقع في غير « التنبيه » : (اغربي) بغين معجمة وراء . انتهىٰ[1] .

وجمع « المنهاج » و« الحاوي » بينهما[2] .

٣٩٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**وإن قال : « كلي واشربي » . . فقد قيل : هو كناية ، وقيل : ليس بشيء**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشىٰ « الحاوي »[3] .

٣٩٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**والإعتاق كناية طلاق**) ليس المراد : هـٰذا اللفظ بعينه ، بل : سائر ألفاظه الصريحة والكناية ، فهو أعم من قول « الحاوي » في الكنايات [ص ٤٩٨] : (**وحرة ومعتقة**) .

٣٩٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**وعكسه**) كقول « الحاوي » في (العتق) [ص ٦٩٩ ، ٧٠٠] : (**وألفاظ الطلاق**) ، ويستثنىٰ منه : ما لو قال لعبده : (اعتد) أو (استبرىء رحمك) ونوىٰ . . فإنه لغو ؛ لاستحالته في حقه .

نعم ؛ هو كناية في الأمة على **الأصح**[4] .

٣٩٥٣ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٩] : (**وأنت حرام . . يوجب الكفارة**) كان ينبغي أن يزيد فيه لفظة : (عليّ) كما فعل « المنهاج » فإن البغوي قال : إن قوله : (أنت حرام) بدون (عليّ) كناية قولاً واحداً[5] ، ومقتضاه : أنه لا يوجب الكفارة إلا بنية التحريم ، ومع زيادة (عليّ) فينبغي تقييده بما إذا لم يشتهر لفظ الحرام في الطلاق ، فإن اشتهر فيه . . فهو صريح في الطلاق علىٰ طريقة الرافعي[6] ، وتبعه « الحاوي » فعد في الصرائح (حلال الله علي حرام)[7] ، وقوله : (**أنت علي حرام**) مع الاشتهار مثله ، ومتىٰ كان صريحاً في الطلاق . . لم يوجب الكفارة ، لكن **الصحيح** عند النووي وغيره : أنه كناية مطلقاً كما تقدم[8] .

٣٩٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**أو نواهما . . تخير**) يتناول نيتهما دفعة ومرتباً ، وقد قال ابن الحداد فيما إذا نواهما مرتباً : إنه إن تقدم الظهار . . حصلا ، أو الطلاق وهو بائن . . بانت فقط ، أو رجعي . . فالظهار موقوف ؛ فإن راجع . . فصحيح ، والرجعة عود ، وإلا . . فلغو .

---

(١) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٦٤) .
(٢) الحاوي (ص ٤٩٩) ، المنهاج (ص ٤١٣) .
(٣) الحاوي (ص ٤٩٩) .
(٤) انظر « التهذيب » (٦/٣٢) .
(٥) انظر « التهذيب » (٦/٣٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٨/٥١٤ ، ٥١٥) .
(٧) الحاوي (ص ٤٩٨) .
(٨) انظر « الروضة » (٨/٢٥ ، ٢٦) .

وقال الشيخ أبو علي : هٰذا التفصيل فاسد ؛ لأن اللفظ إذا لم يجز أن يراد به التصرفان . . فلا فرق بين المعية والتعاقب ، وأيضاً : إذا نواهما على التعاقب . . فكل نية مقارنة لبعض اللفظ لا لكله ، وفيه خلاف سيأتي ، كذا في « الروضة » وأصلها[1] ، ولما أطلق في « الشرح الصغير » و« المحرر » . . علمنا أن الراجح عنده مقالة الشيخ أبي علي ، وتعبير « المحرر » بقوله : (نواهما معاً)[2] لا يحترز به عن الترتيب ؛ فإنه صادق بالمعية والترتيب كما حُكي عن الشافعي وغيره .

فإذا قلت : (جاء الزيدان معاً) . . لا يقتضي مجيئهما في زمن واحد ، لكن استعمال الفقهاء بخلافه .

قال شيخنا ابن النقيب : وكأنه محكي عن ثعلب ؛ أي : اتحاد زمن مجيئهما[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني في قول ابن الحداد : (فالظهار موقوف) : ليس بصحيح ، وإنما هو صحيح ناجز ، قال : وقوله : (فإن راجع . . فصحيح) ممنوع ؛ فالصحة ثابتة قبل الرجعة ، قال : وقوله : (والرجعة عود) يقال عليه : الآن عندكم كما صح الظهار ، فلا يكون عائداً علىٰ مقتضىٰ ما قلتم حتىٰ يمضي زمان يتأتىٰ فيه صحة الظهار ، ويمكن أن يطلق فيه[4] فلا يطلق ، قال : وقوله : (وإلا . . فلغو) ليس بصحيح ، بل هو صحيح قبل ذلك ، قال : ومقتضىٰ كلامه الاستواء وهو ممتنع هنا . انتهىٰ .

وقول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**وقيل : طلاق ، وقيل : ظهار**) من زيادته ؛ فإن « المحرر » لم يذكر مقابل المرجح .

٣٩٥٥ـ قوله فيما لو قال لأمته : (**أو تحريم عينها أو لا نية . . فكالزوجة**)[5] أي : فيوجب كفارة يمين ، هو داخل في قول « الحاوي » أولاً [ص ٤٩٩] : (**إنه يوجب الكفارة**) .

ويستثنىٰ منه : ما لو قاله لأمته التي هي أخته . . فلا كفارة ؛ لصدقه في وصفها ، ولو كانت الأمة معتدة أو مرتدة أو مجوسية أو مزوجة . . ففي الكفارة وجهان ، أو حائضاً أو نفساء أو صائمة . . وجبت على المذهب .

٣٩٥٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**وشرط نية الكناية : اقترانها بكل اللفظ**) هو ظاهر قول « التنبيه » [ص ١٧٤] : (**فإن نوىٰ به الطلاق . . وقع**) ثم قال « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**وقيل : يكفي بأوله**) ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٤٩٩] : (**بنية تقترن بأوله**) ، وصحح في « أصل

(١) الروضة (٨/٢٨) .
(٢) المحرر (ص ٣٢٦) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٣٠٢) .
(٤) في النسخ : (الظهار يمكن أن . . .) ، ولعل إثبات الواو هو الصواب .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤١٤) .

الروضة » خلافهما ، فقال : ولو اقترنت بأول اللفظ دون آخره أو عكسه . . طلقت **في الأصح**[1] ، والذي في الرافعي نقل ترجيح الوقوع في اقترانها بأوله عن الإمام والغزالي ، قال : وسكتا عن الترجيح في اقترانها بآخره خاصة ، وهو يشعر بأنهما رأيا فيه البطلان[2] ، وفي « الشرح الصغير » في الأولىٰ : **الأظهر** : الوقوع وميل الإمام في الثانية إلىٰ ترجيح عدمه ، ثم حكى الرافعي عن المتولي أنه قرب الخلاف في الأولىٰ من الخلاف فيما إذا اقترنت نية الصلاة بأول التكبير دون آخره ، والخلاف في الثانية من الخلاف في نية الجمع في أثناء الصلاة ، قال الرافعي : وقضيته أنه إذا كان الوقوع في الأولىٰ أظهر . . ففي الثانية أولىٰ ؛ لأن **الأظهر** في اقتران النية بأول التكبير : الانعقاد ، وفي الجمع : الصحة ، كذا وقع في الرافعي[3] .

ولعله (عدم الانعقاد) ليطابق المصحح في الصلاة ؛ وليكون في الثانية أظهر ، وهـٰذا هو الذي حمل النووي علىٰ **تصحيح** الطلاق فيهما ، وما صححه في « المنهاج » تبع فيه قول « المحرر » : (إنه رُجِّح)[4] ولعله سبق قلم ؛ فإنه مخالف لترجيح « الصغير » ، ولحكاية « الكبير » عن الإمام والغزالي .

وقال في « التوشيح » : إن تعبير « الروضة » يفهم أنه لا يُكتفىٰ بوجودها في أثنائه ؛ لأن الصور ثلاث : وجودها في أول اللفظ فقط ، وفي آخره فقط ، وفي أثنائه فقط ، ولا شك أن حكم أثنائه حكم آخره ، فصواب العبارة : أن يقال : يكتفىٰ بها قبل فراغ اللفظ .

واعلم: أن الرافعي مثل اقترانها بأوله دون آخره ؛ بأن توجد عند قوله : (أنت) دون (طالق) ، ولا يخفىٰ أن قوله : (طالق) سبق قلم ؛ فإنه صريح ، ثم إن المعتبر اقترانها بلفظ الكناية ؛ إما كله أو بعضه ؛ لأن القصد منها : تفسير إرادة الطلاق به ، فلا عبرة باقترانها بلفظة (أنت) .

قال في « المهمات » : وقد صرح بهـٰذا البندنيجي والماوردي وصاحب « الشامل »[5] ، وفيما حكاه عن صاحب « الشامل » نظر ؛ فإن عبارته في ذلك مثل الرافعي .

قال في « المطلب » : ومن ذلك يخرج وجهان في اعتبار النية عند قوله : (أنت) وأيد الاكتفاء بها عند (أنت) بما إذا وقع (أنت) في زمن الطهر و(طالق) في زمن الحيض ؛ فإن ابن سريج قال : يكون الطلاق سنياً ، ويحصل لها قرء واحد .

٣٩٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٩] : (**ويُعتدُّ بإشارة أخرس في العقود والحلول**) كذا الأقارير والدعاوىٰ .

---

(١) الروضة (٨/٣٢) .
(٢) فتح العزيز (٨/٥٢٦) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/٦٧) و« الوجيز » (٢/٦٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٢٦) .
(٤) المحرر (ص ٣٢٧) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/١٦٤) .

٣٩٥٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**فإن فهم طلاقه بها كل أحد . . فصريحة ، وإن اختص بفهمه فطنون . . فكنايةٌ**) لو قال كـ « الحاوي » [ص ٤٩٩ ، ٥٠٠] : (**والصريح ما يفهم الكل ، والكناية الفطن**) . . لكان أحسن ؛ ليتناول غير الطلاق ، ثم إن انقسام إشارته إلىٰ صريح وكناية حكاه الرافعي عن الإمام وآخرين ، قال : ومنهم من أدار الحكم علىٰ إشارته وأوقع الطلاق بها نوىٰ أو لم ينو ، قال : وكذا فعل البغوي[١] .

ولم يصحح في « الروضة » و« الشرحين » واحدة من المقالتين ، وظاهر إطلاقهما العمل بإشارته وإن قدر على الكتابة[٢] ، وكذا أطلقه الجمهور ، وصرح بذلك الإمام[٣] ، وشرط المتولي عجزه عن كتابة مفهمة ، وإلا . . فالكتابة هي المعتبرة ، وينبغي أن يكتب مع ذلك : إني قصدت الطلاق .

٣٩٥٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**ولو كتب ناطقٌ طلاقاً**) لم يحترز به عن الأخرس ؛ فإن الأخرس أيضاً كذلك ، بل أولىٰ ؛ **فالصحيح** : أنها في حقه كناية ، فيقع إذا نوىٰ ، وإن لم يشر ، وقيل : لا بد من إشارته مع النية ، وقيل : هي صريحة في حقه[٤] .

٣٩٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**وإن كتب الطلاق ونوىٰ وكتب : « إذا جاءك كتابي . . فأنت طالق » فجاءها وقد انمحىٰ موضع الطلاق وبقي غيره . . لم يقع ، وإن انمحىٰ غير موضع الطلاق وبقي موضع الطلاق . . فقد قيل : يقع ، وقيل : إن كتب : « إن أتاك كتابي » . . وقع ، وإن كتب : « إن أتاك كتابي هـٰذا » . . لم يقع**) **صحح** في « أصل الروضة » في الصورة الأولىٰ ـ وهي ما إذا انمحىٰ موضع الطلاق ـ : عدم الوقوع ، وقال في الثانية ـ وهي ما إذا انمحىٰ غير موضع الطلاق ـ : فيه الأوجه الثلاثة ، والوقوع هنا أولىٰ ، وبه قال أبو إسحاق ؛ لوصول المقصود ، قال : ويحسن الاعتماد على الوجه الثالث في الصورتين[٥] .

وأقر النووي في «تصحيحه التنبيه» علىٰ عدم الوقوع في الأولىٰ، **وصحح** في الثانية هـٰذا التفصيل[٦] .

ودخل في عبارته : ما لو بقي مع موضع الطلاق جميع المقاصد ولم ينمح سوى السوابق واللواحق ؛ كالبسملة والحمد والصلاة ، **والأصح** في هـٰذه الصورة : الوقوع مطلقاً ، كما نقله الرافعي عن الإمام[٧] ، وأرسل تصحيحه في « الشرح الصغير » ، **وصححه** في « أصل

---

(١) فتح العزيز (٨/ ٥٣٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٧٢) ، و« التهذيب » (٦/ ٣٧) .

(٢) في النسخ : (الكناية) ، ولعل الصواب ما أثبت في هـٰذا الموضع والموضعين اللذين بعده .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٧٢) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٣١٠) .

(٥) الروضة (٨/ ٤٣) .

(٦) تصحيح التنبيه (٢/ ٦٩) .

(٧) فتح العزيز (٨/ ٥٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٨٠) .

الروضة »[1] ، ومشى « الحاوي » على الوقوع في الثانية دون الأولىٰ مطلقاً فقال : (**وبلوغ الكتاب وبقيَ سطر الطلاق**)[2] ثم المراد : انمحاءٌ لا تمكن معه القراءة .

٣٩٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] : (**وإن كتب : « إذا قرأت كتابي » وهي قارئةٌ ، فقرأته . . طلقت**) قال الإمام : المعتبر أن تطلع علىٰ ما فيه ، واتفق علماؤنا علىٰ أنها إذا طالعته وفهمت ما فيه . . طلقت وإن لم تتلفظ .

قوله : (**وإن قُرِىء عليها . . فلا في الأصح**)[3] هـٰذا بخلاف القاضي ، فإذا كتب إليه من ولاه : (إذا قرأت كتابي . . فأنت معزول) فَقُرِىء عليه . . فإنه ينعزل وإن أحسن الكتابة في **الأصح** ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥١١] : (**وقراءته وهو أميٌّ**) أي : وقراءة غير المعلق بقراءته إذا اكان المعلق بقراءته أمياً كقراءة المعلق بقراءته ، ثم قال : (**ولعزل القاضي مطلقاً**)[4] .

قال في « المهمات » : **والصواب** : التسوية وعدم العزل والطلاق . انتهىٰ .

وأبدىٰ بعضهم في الفرق : أن العادة في الحكام أن تُقرأ عليهم المكاتيب .

٣٩٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٤] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥١١] : (**وإن لم تكن قارئة فقرىء عليها . . طلقت**) استشكله في « المهمات » لأن **الصحيح** في التعليق بالمستحيل : أنه لا يقع ، وهـٰذا أولىٰ منه ؛ لأنه ممكن في نفسه وقد علق عليه ولم يخرجه عن مدلوله ، فإن أراد الاطلاع عليه . . فمسلم ، وليس الكلام فيه . انتهىٰ .

ثم صورة ذلك : أن يعلم المُعلق أنها أمية ، فلو لم يعلم أهي قارئة أم أمية . . قال الرافعي : فيجوز أن ينعقد التعليق علىٰ قراءتها بنفسها نظراً إلىٰ حقيقته ، ويجوز أن ينعقد على الفهم والإطلاق ؛ لأنه القدر المشترك بين الناس ، قال : والأول أقرب[5] .

فصل

[تفويض الطلاق]

٣٩٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٤] : (**وإن قال لامرأته : « طلقي نفسك » فقالت في الحال : « طلقت نفسي » . . طلقت**) فيه أمران :

---

(١) الروضة (٨/ ٤٣) .

(٢) الحاوي (ص ٥١١) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤١٤) .

(٤) الحاوي (ص ٥١١) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٤٠) .

أحدهما : قد يفهم أنه لو زاد في التفويض فقال : « إن شئت ».. لم يصح ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٥١٣] : (**وطلقي نفسك أو إن شئت**) .

ثانيهما : أنه يفهم أنها لو اقتصرت علىٰ قولها : (طلقت).. لم تطلق ، **والأصح في** « الكفاية » خلافه ، ويوافقه أن في « المنهاج » و« الروضة » وأصلها فيما لو قال : (أبيني نفسك) فقالت : (أبنت) ونويا.. الوقوع[1] ؛ فإذا اكتُفي بذلك في الكناية.. ففي الصريح أولىٰ .

٣٩٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٤] : (**فإن أخرت ثم طلقت.. لم يقع ، إلا أن يقول : « طلقي نفسك متىٰ شئت »**) إنما ذكره الرافعي والنووي تفريعاً علىٰ قول التوكيل ؛ فإنهما رجحا علىٰ قول التمليك ـ **وهو الأظهر** ـ : اعتبار الفور ، وعلىٰ قول التوكيل : جواز التأخير ، ثم استثنيا من الخلاف علىٰ قول التوكيل هٰذه الصورة ، فقالا : أما لو قال : (طلقي نفسك متىٰ شئت).. فيجوز التأخير قطعاً . انتهىٰ[2] .

والذي في « التنبيه » مشكل ؛ لأن اشتراط الفور تفريع على التمليك ، ولا فرق في اشتراط الفور في قبول عقد التمليك بين أن يصرح الموجب بجواز تأخيره أم لا .

قال في « الكفاية » : ويمكن أن يجاب عنه : بأن الطلاق يقبل التعليق.. فجاز أن يتسامح في تمليكه ، بخلاف سائر التمليكات .

٣٩٦٥ـ قوله : (**وإن قال : « اختاري ».. فهو كناية يفتقر إلى القبول في المجلس على المنصوص ، وقيل : يفتقر إلى القبول في الحال**)[3] **الأصح** : الثاني ، وتفريقه بين التفويض بالتصريح.. فيعتبر في قبوله الفور ، وبين التفويض بالكناية.. فيكتفىٰ فيه بالمجلس ، لا يظهر له معنىٰ ، وقد قال ابن القاص وغيره تفريعاً على التمليك بالاكتفاء بالمجلس ولم يخص ذلك بالكناية ، وهو **منصوص الشافعي** ، لكن حمله الجمهور علىٰ مجلس التواجب ، وهو ما يربط الإيجاب بالقبول ، وغلط القاضي حسين من حمله على المجلس الذي يناط بمنتهاه انقطاع خيار المجلس .

وأجاب في « الكفاية » عن « التنبيه » : بأن لفظ (**اختاري**) يشعر بالتروّي ، فاقتضى الإمهال بوضعه ، بخلاف (**طلقي**) .

ومقتضىٰ هٰذا الجواب : أنه لا يلتحق بها بقية ألفاظ الكنايات ؛ كـ(أبيني نفسك) ، ولا قائل في ألفاظ الكنايات بالفرق .

٣٩٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٥] : (**ولو قال : « طلقي » ونوىٰ ثلاثاً فقالت : « طلقت »**

---

(١) المنهاج (ص ٤١٥) ، الروضة (٨/٤٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٤٤ ، ٥٤٥) ، و« الروضة » (٨/٤٦) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٧٤) .

ونوتهن.. **فثلاثٌ ، وإلا.. فواحدةٌ في الأصح**) صورة محل الخلاف : أن ينوي هو الثلاث ولا تنوي هي عدداً ، أما إذا لم ينو واحد منهما العدد ، أو نوته هي دونه.. فلا يقع إلا واحدة قطعاً ، وهاتان الصورتان تدخلان تحت قوله : (**وإلا**) فإن الذي أثبته قبل ذلك نية العدد المخصوص منهما ، فيصدق نفيه بهـٰذه الصور .

وقد يرد علىٰ عبارته أيضاً : ما إذا نوت ثنتين.. فإنهما يقعان ، وفي « فتاوى البغوي » : لو قال : (طلقي نفسك ثلاثاً) فطلقت واحدة فراجع.. فلها أن تطلق ثانية وثالثة .

قال في « المهمات » : والصواب : تقييده بالحال ؛ لأن الصحيح : أنه تمليك.. فلا بد فيه من الفور .

٣٩٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٣] : (**وله أن يوكل من يطلق**) أي : تنجيزاً في معيّنة كما قدمته في (الوكالة) .

٣٩٦٨ـ قوله : (**فإن وكل امرأة في طلاق زوجته.. فقد قيل : يصح ، وقيل : لا يصح**)[١] الأصح : الصحة .

٣٩٦٩ـ قوله : (**وللوكيل أن يطلق متىٰ شاء إلىٰ أن يعزله**)[٢] قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : يدخل فيه ما لو طلقها وهي حائض.. فيحتمل ـ وهو الظاهر ـ ألاَّ ينفذ ؛ لتحريمه ، ويحتمل تنفيذه ؛ كطلاق الموكل ، فلو وكله ليطلق في الحيض.. فيظهر أنه لا يصح ؛ لظهور قصد المعصية ، وقد يقال بجوازه ؛ للتنصيص عليه .

فصل

[في سبق اللسان بالطلاق وحكم طلاق المكره والسكران]

٣٩٧٠ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٧] : (**لا إن سبق لسانه**) قد يفهم قبول ذلك ظاهراً بلا قرينة ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤١٥] : (**ولا يُصدَّقُ ظاهراً إلا بقرينةٍ**) وأوضح ذلك في « الروضة » وأصلها فقال : فإذا قال : (طلقتك) ثم قال : سبق لساني وإنما أردت : (طلبتك).. فالنص : أنه لا يسعها أن تقبل منه ، وعن الماوردي وغيره : أن هـٰذا في المتهم ، فإن ظنت صدقه بأمارة.. فلها القبول ، ولا مخاصمة ، ولمن سمعه وعرف الحال.. ألاَّ يشهد عليه ، قال الروياني : وهـٰذا هو الاختيار[٣] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٣ ، ١٧٤) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٧٤) .

(٣) الروضة (٨/٥٣) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٠/١٥٤) ، و« بحر المذهب » (١٠/٤٩) .

٣٩٧١ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٥] : (**ولو كان اسمها طالقاً فقال : « يا طالق » وقصد النداء . . لم تطلق ، وكذا إن أطلق في الأصح**) المراد : **أن يكون اسمها طالقاً حين النداء ، فلو سميت بذلك** ثم غير اسمها إلىٰ غيره ثم خاطبها به بعد التغيير . . طلقت إن قصد الطلاق أو أطلق ، فإن قصد نداءها بالاسم القديم . . لم **تطلق** ، ذكره الرافعي في أول (العتق) في نظير المسألة من العتق[١] .

والمخالفة بين الصورتين في حالة الإطلاق : إن كان الاسم قائماً . . لم تطلق ، وإلا . . طلقت .

٣٩٧٢ـ قوله : (**ولو خاطبها بطلاقٍ هازلاً أو لاعباً**)[٢] يقتضي تغايرهما ، وعبارة « المحرر » : (علىٰ سبيل الهزل واللعب)[٣] وذلك يقتضي اتحادهما ، ويوافقه قول « الروضة » وأصلها : وصورة الهزل : أن يلاعبها بالطلاق ؛ بأن تقول في معرض الدلال والاستهزاء : (طلقني) فيقول : (طلقتك) . . فتطلق . انتهىٰ[٤] .

فجعل اللاعب تصويراً للهازل ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٩٧] : (**وإن هزل**) فاقتصر على الهزل ، وقوله : (**كغير النكاح**)[٥] يعني : أن النكاح لا يصح مع الهزل ، تبع فيه الغزالي ؛ فإنه قال في « الوجيز » : إنه **المشهور**[٦] ، لكن **الأصح في** « أصل الروضة » : صحة النكاح مع الهزل كغيره ، وهو مقتضىٰ كلام الرافعي[٧] ، وقد ورد الحديث فيه بأن هزله جد ، وصححه الحاكم في « مستدركه »[٨] .

٣٩٧٣ـ قوله : (**أو ظنها غير زوجته**)[٩] زاد « المنهاج » [ص ٤١٥] : (**بأن كانت في ظلمةٍ ، أو نكحها له وليُّه أو وكيله ولم يعلم**) محل الوقوع : في الظاهر ، وأما في الباطن : ففيه وجهان بناهما المتولي على الإبراء من المجهول ؛ إن لم يصح . . لم يقع باطناً[١٠] .

٣٩٧٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**ولو لفظ عجميٌّ به بالعربية ولم يعرف معناه . . لم يقع**) لو عبر كـ « الحاوي » بقوله [ص ٤٩٧] : (**أو لُقِّنَ بلا فهم**) . . لكان أعم ؛ ليتناول نطق العربي به

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/٣٠٦ ، ٣٠٧) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤١٥) .

(٣) المحرر (ص ٣٢٨) .

(٤) الروضة (٨/٥٤) .

(٥) انظر « الحاوي » (ص ٤٩٧) .

(٦) الوجيز (٢/٦٢) .

(٧) فتح العزيز (٨/٥٥٣) ، الروضة (٨/٥٤) .

(٨) عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « **ثلاثٌ جدهن جد وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق ، والرجعة** » . أخرجه أبو داوود (٢١٩٤) ، والترمذي (١١٨٤) ، وابن ماجه (٢٠٣٩) ، والحاكم (٢٨٠٠) .

(٩) انظر « الحاوي » (ص ٤٩٧) .

(١٠) انظر « الروضة » (٨/٥٥) .

بالعجمية بلا فهم وغيرها من الصور ؛ ولهـٰذا عبر في « الروضة » بقوله : إذا لُقِّنَ كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها ، وهـٰذا شامل ، قال المتولي : وهـٰذا إذا لم يكن مخالطاً لأهل ذلك اللسان ؛ فإن خالطهم . . لم يقبل ظاهراً ، ويدين[1] .

٣٩٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٦] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٤٩٧] : (**ولا يقع طلاق مكره**) قيده « التنبيه » بأن يكون الإكراه بغير حق[2] ، فلو أكره بحق . . وقع ؛ ومثلوه : بإكراه القاضي المولىٰ بعد المدة وامتناعه من الفيئة على الطلاق ، واستشكله الرافعي وغيره : بأنه لا يؤمر بالطلاق عيناً ، بل به أو بالفيئة ، ولو أكره شخص علىٰ أن يطلق أو يُعتق ، ففعل أحدهما . . نفذ ، وأيضاً : فمحل الاحتراز : إذا قيل : إن الإكراه يكون بغير القتل والقطع ، وإلا . . فالقاضي لا ينتهي في حق المولىٰ إلىٰ ذلك[3] ؛ ولهـٰذا الإشكال أسقط من « الشرح الصغير » و« المحرر » مسألة المولىٰ ، فلم يذكرها في صورة الإكراه بحق ، ولكن ذكرها البغوي وغيره[4] ، وأيضاً فالاحتراز إنما هو تفريع على الضعيف ؛ فإن **الأصح** : أن الحاكم هو الذي يطلق على المولى الممتنع ، وحينئذ . . لا إكراه أصلاً .

وقد يستثنىٰ من عدم وقوع طلاق المكره مسائل :

منها : ما لو نوى المكره الطلاق حال تلفظه به . . فإنه يقع **في الأصح** ، وقد يقال : ليس هـٰذا مكرهاً .

ومنها : لو قال : طلق زوجتي وإلا قتلتك ، فطلقها . . فإنه يقع **في الأصح** ؛ لأنه أبلغ في الإذن مع كونه مكرهاً علىٰ ذلك بغير حق .

ومنها : ما لو أكره الوكيل بالطلاق علىٰ إيقاعه . . ففيه احتمالان لأبي العباس الروياني ، لكن **أصحهما** عنده : عدم الوقوع .

٣٩٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٣] : (**كالتهديد بالقتل أو القطع أو الضرب المبرح**) فيه أمور :

أحدها : في معنىٰ ذلك أيضاً : الحبس وإتلاف المال ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » بقوله [ص ٤١٦] : (**ويحصل بتخويفٍ بضربٍ شديدٍ أو حبسٍ أو إتلاف مالٍ ونحوها**) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٤٩٧] : (**بمحذور**) فتناول جميع ذلك ، ودخل فيه أيضاً : الإكراه بالضرب القليل أو الشتم وهو من ذوي

---

(١) الروضة (٥٦/٨) .

(٢) التنبيه (ص ١٧٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٥٥٧/٨) .

(٤) انظر « التهذيب » (٧٥/٦) .

الأقدار ؛ فإن ذلك محذور في حق ذلك الرجل دون غيره ، وقد ذكره « التنبيه » بعد ذلك ، وقال : (**المذهب : أنه لا يقع طلاقه**)[1] .

ودخل في ذلك قول « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**ونحوها**) ، وهو من زيادته على « المحرر » ، وصحح في « الروضة » من زيادته : أن المعتبر أن يكرهه على فعل ما يؤثر العاقل الإقدام عليه حذراً مما هدده به ، وقد يكون الشيء إكراهاً في شيء دون شيء وشخص دون شخص ، ففي الطلاق يُكتفىٰ بالقطع ، وكذا الحبس الطويل ، وصفع ذوي المروءة ، وتسويد وجهه ، والطواف به في الأصح ، لا إتلاف المال في الأصح ، وفي القتل لا يكفي التخويف بالحبس وقتل الولد وإتلاف المال ، والتخويف بجميع ذلك إكراه في إتلاف المال ، وقال النووي مع تصحيحه هـٰذا الوجه : إن في بعض تفصيله نظراً[2] .

ثانيها : يستثنىٰ من القتل والقطع : ما إذا كانا مستحقين ؛ كما إذا قال ولي القصاص لمن عليه القصاص : طلق زوجتك وإلا اقتصصت منك . . فلا يكون إكراهاً ، ذكره في « الكفاية » .

ثالثها : قال في « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**شرط الإكراه : قُدرةُ المُكْرِهِ علىٰ تحقيق ما هدد به بولايةٍ أو تغلُّبٍ ، وعجز المُكْرَهِ عن دفعه بهربٍ وغيره ، وظنه أنه إن امتنع . . حققه**) وأورد شيخنا الإسنوي ذلك علىٰ عبارة « التنبيه » بلفظ : (الصواب)[3] ، فإن ورد عليه . . فهو وارد على « الحاوي » أيضاً ؛ فإنه لم يذكره ، وقد يقال : لا يرد ذلك عليهما ؛ فإنه متى انتفت هـٰذه الأمور أو بعضها . . فلا محذور ولا إكراه ، بل المطلق مختار ، وحينئذ . . فتصريح « المنهاج » بها زيادة إيضاح .

٣٩٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**ولا تشترط التورية ؛ بأن ينوي غيرها ، وقيل : إن تركها بلا عذرٍ . . وقع**) كذا جعل الرافعي محل الوجهين : ما إذا لم يكن عذر ، فأما مع العذر ؛ كالدهشة والغباوة . . فلا يقع قطعاً[4] ، وهو بحث للإمام بعد أن نقل عن الأصحاب إطلاقهما ، وأطلقهما أيضاً القاضي حسين والفوراني والبغوي والمتولي وابن الصباغ والجرجاني والروياني وغيرهم[5] .

٣٩٧٨ـ قول « الحاوي » [ص ٤٩٧] : (**كغير إسلام الحربي**) يرد عليه : المرتد ؛ فإنه يصح إكراهه على الإسلام أيضاً ، وقد يقال : هو مفهوم من طريق الأولىٰ ، وإنما قصد إخراج الذمي ،

---

(١) التنبيه (ص ١٧٣) .
(٢) الروضة (٨/٥٩ ، ٦١) .
(٣) انظر « تذكرة النبيه » (٣/٣٠٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٥٩) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٤/١٥٧) ، و« التهذيب » (٦/٧٥) ، و« بحر المذهب » (١٠/١٢٠) .

ويصح أيضاً الإكراه علىٰ بيع المال لوفاء الحق وعلىٰ إيتاء الغير حقه .

٣٩٧٩ـ قوله : (**والإفطار**)[١] أي : ويبيح الإكراه الإفطار في نهار رمضان ، وفي معناه : الخروج من صلاة الفرض . . فيباح بالإكراه أيضاً .

٣٩٨٠ـ قوله عطفاً علىٰ ما يصح من الطلاق : (**أو سَكِرَ**)[٢] أي : متعدياً ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**ومن أثم بمزيل عقله من شرابٍ أو دواءٍ . . نفذ طلاقه وتصرفه له وعليه قولاً وفعلاً على المذهب**) و« التنبيه » [ص ١٧٣] : (**ومن زال عقله بسبب يعذر فيه ؛ كالمجنون والنائم والمبرسم . . لا يصح طلاقه ، ومن زال عقله بسبب لا يعذر فيه ؛ كالسكران ومن شرب ما يزول به عقله لغير حاجة . . وقع طلاقه ، وقيل : فيه قولان ، أشهرهما : أنه يقع طلاقه**) وفيه أمران :

أحدهما : قال في « الكفاية » : اعترُض علىٰ جعله النوم مزيلاً للعقل ، وهو ساتر له فقط ، لكن **الصحيح في حد العقل** : أنه صفة يتهيأ بها لإدراك النظريات العقلية ، وهي من قبيل العلوم الضرورية ، وهٰذا يتناول النوم .

ثانيهما : **الأصح** في السكران : طريقة القولين ، كذا **صححه** الرافعي ، وحكاه عن الأكثرين[٣] ، لكن في « البيان » : **أن الأكثر على الطريقة الأولىٰ**[٤] .

٣٩٨٠/ ١ ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**وإن قال لها : « دمك طالق » . . لم تطلق**) **الأصح** : وقوع الطلاق ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، وعبر عنه (بالمذهب)[٥] ، وما حكيته من لفظ « التنبيه » هو كذلك في « الكفاية » ، وقال : إنه الموجود في النسخ ، لكن المضبوط عن نسخة المصنف كما قال النووي : (دمعك) بدل (دمك)[٦] .

٣٩٨١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**فإن قال : « أنا منك طالق » ، أو فوض الطلاق إليها فقالت : « أنت طالق » . . فهو كناية لا الطلاق إلا بالنية**) المراد : أن ينوي الزوج إضافة الطلاق إليها ، وإلا . . فقد عُرف أن الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**ولو قال : « أنا منك طالقٌ » ونوىٰ تطليقها . . طلقت ، وإن لم ينو طلاقاً . . فلا ، وكذا إن لم ينو إضافته إليها في الأصح**) ، و« الحاوي » [ص ٤٩٩] : (**وأنا منك طالق ونوىٰ طلاقها**) وتصويرهم يقتضي أنه لا بد من لفظة (**منك**) ، وقال في « المهمات » : إنها ليست شرطاً ؛ لانتظام هٰذا العمل

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٤٩٨) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٤٩٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٥٦٤) .

(٤) البيان (١٠/ ٧٠) .

(٥) الحاوي (ص ٥٠٠) ، المنهاج (ص ٤١٦) .

(٦) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٦٤) .

بدونها خلاف ما يوهمه كلام الرافعي و« الروضة » ، قال : ولذلك حذفها الدارمي في « الاستذكار » ، وحينئذ : فإن كانت له زوجة واحدة وقصد طلاقها . . فواضح ، وإن كان له زوجات وقصد طلاق واحدة منهن . . وقع علىٰ واحدة ، ويُعين .

٣٩٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٦] : (**ولو قال : « أنا منك بائن » . . اشترط نية الطلاق ، وفي الإضافة الوجهان**) قد يقال : إنه يغني عنه ما ذكره في قوله : (**أنا منك طالق**) ، فإنه إذا اشترطت النية هناك مع صراحة الطلاق . . فمع لفظ البينونة أولىٰ .

٣٩٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٦] و« الحاوي » [ص ٤٩٩] : (**ولو قال : « استبرئي رحمي منك » . . فلغو**) كذا صور في « الروضة » وأصلها[١] ، وصورها في « الشرح الصغير » بقوله : استبرئي الرحم التي كانت لي . انتهىٰ .

وهـٰذا ذكره الرافعي في « الكبير » تعليلاً فقال :

أحدهما : يقع ، والمعنىٰ : استبرئي الرحم التي كانت لي .

والثاني : لا ؛ لأن اللفظ غير منتظم[٢] .

فصل

[في تعليق الطلاق]

٣٩٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٠] : (**وإن قال : « إن دخلت الدار . . فأنت طالق » ، ثم بانت منه ، ثم تزوجها ، ثم دخلت الدار . . ففيه ثلاثة أقوال ، أحدها : تطلق ، والثاني : لا تطلق ، والثالث : إن عادت إليه بعد الثلاث . . لم تطلق ، وإن عادت قبلها . . طلقت ، والأول أصح**) صحح في (الخلع) : الثاني ، فقال : (**فإن خالعها ولم يفعل المحلوف عليه وتزوجها . . ففيه قولان ، أصحهما : أنه يتخلص من الحنث**)[٣] ، وكذا **صححه** « المنهاج »[٤] ، وقد يفهمه قول « الحاوي » [ص ٤٩٨] : (**لغير البائنة**) فالبينونة المقارنة للتعليق مانعة من صحته ، والطارئة عليه مبطلة حكمه .

وادعىٰ شيخنا ابن النقيب أن قول « المنهاج » [ص ٤١٧] : (**ولو علقه بدخول فبانت ثم نكحها ثم دخلت . . لم يقع إن دخلت في البينونة**) كلام متدافع لا ينتظم مع قوله: (**ثم نكحها ثم دخلت**)[٥]

---

(١) الروضة (٨/ ٦٧) .
(٢) فتح العزيز (٨/ ٥٧٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٧١) .
(٤) المنهاج (ص ٤١٧) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٣٣٤) .

أي : لأنه صرح بأن الدخول بعد النكاح . . فكيف يُفصِّل بعد ذلك بين أن تدخل في البينونة أم لا ؟ وهو عجيب ! ؛ لأن الكلام في الدخول الواقع في النكاح الثاني هل يقع به الطلاق أم لا ؟ والحكم أنه إن سبق دخول في البينونة . . فلا طلاق قطعاً ؛ لأن اليمين انحلت ، وإن لم يسبق دخول . . **فالأظهر** : أنه لا طلاق أيضاً ، وعبارة « المحرر » و« الشرحين » في ترجيح هـٰذا القول : (**إنه أقوىٰ توجيهاً واختاره مختارون**)[1] ، قال في « الشرحين » : منهم الإمام وابن الصباغ ، واختار جماعة الوقوع وجماعة التفصيل[2] .

٣٩٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٢] : (**وإن طلق امرأته ثلاثاً في المرض ومات . . لم ترث في أصح القولين**) حكم المطلقة بما دون الثلاث قبل الدخول أو بعده بعوض حكم المطلقة ثلاثاً ، فلو عبر (بالبينونة) كما فعل « المنهاج »[3] . . لكان أولىٰ ، والمراد : **المرض المخوف** ، وفي معناه : كل حالة يعتبر التبرع فيها من الثلث ، وقوله : (**ومات**) ، أي : منه ، وقد عبر « المنهاج » (**بمرض موته**)[4] .

٣٩٨٦ـ قول « التنبيه » تفريعاً على القديم [ص ١٨٢] : (**وإلىٰ متىٰ ترث ؟ فيه ثلاثة أقوال**) لم يرجح الرافعي والنووي وابن الرفعة منها شيئاً[5] ، وقد رجح الشافعي رحمه الله : الثالث ، وهو أنها ترثه ما لم تتزوج ، حكاه عنه البيهقي[6] ، وقال القلعي في « الغوامض » : إن الثاني أقيس ، وهو أنها ترثه ما لم تنقض العدة ، ونقله ابن الصباغ عن « الأم »[7] .

وقال في « التوشيح » : الذي يظهر من كلام الرافعي وهو ـ الفقه تفريعاً على القديم ـ **رجحان الأول** ، وهو أنها ترث أبداً ؛ فقد رُجِّح فيما إذا أبان أربعاً في مرضه ثم نكح أربعاً . . أن الميراث للصنفين جميعاً ؛ فكما لم يُستبعد ميراث ما زاد على العدد الشرعي . . كذلك لا يُستبعد ميراث امرأة من رجلين ، كيف وقد عقلنا عدتها من رجلين في اجتماع العدتين ، وتقديم « التنبيه » له أيضاً في الذكر عند التفريع يشعر بأنه الأرجح عنده . انتهىٰ .

٣٩٨٧ـ قوله : (**وإن سألته الطلاق الثلاث . . فقد قيل : لا ترث ، وقيل : علىٰ قولين**)[8]

---

(١) المحرر (ص ٣٣٠) ، فتح العزيز (٨/٥٧٨) .
(٢) فتح العزيز (٨/٥٧٨) .
(٣) المنهاج (ص ٤١٧) .
(٤) المنهاج (ص ٤١٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٨٣) ، و« الروضة » (٨/٧٢ ، ٧١٥) .
(٦) انظر « معرفة السنن والآثار » (٥/٥٠١) ، و« السنن الكبرىٰ » للبيهقي (٧/٣٦٢) .
(٧) الأم (٥/٢٥٤) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٨٢) .

الأصح : الأول ، وهو القطع بعدم الإرث ، وإذا كان ذلك بخلع معها . . فهو آكد من مطلق سؤالها ، ولا معنىً لتقييد ذلك بالثلاث كما تقدم .

٣٩٨٨ـ قوله : (**وإن علق طلاقها علىٰ صفة تفوت بالموت ؛ بأن قال** : « **إن لم أتزوج عليك . . فأنت طالق ثلاثاً** » . . **فهل ترثه ؟ علىٰ قولين**)[١] اعترضه ابن يونس في « التنويه » وقال : مَثّل الصفة التي تفوت بالموت بصفة تتحقق بالموت ؛ فإن الصفة في هٰذا المثال : عدم التزوج عليها ، وهو يتحقق بالموت ، لا أنه يفوت به .

٣٩٨٩ـ قوله : (**وإن علق طلاقها علىٰ صفة لا بد لها منه ؛ كالصوم والصلاة . . فهي علىٰ قولين**)[٢] صوابه : (لا بد لها منها) ، وتنكير « التنبيه » القولين في هٰذه المسائل إشارة منه إلىٰ طردهما وإن ورثنا المطلقة في المرض ؛ إذ لو كانا هما القولين في أصل المسألة . . لقال : (على القولين) ، وقد صرح بذلك الجيلي ، ذكره في « الكفاية » .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : ويسأل على القول القديم عن الفرق بينه وبين ما إذا باع النصاب فراراً من الزكاة ؟ فإنها لا تجب بلا خلاف . انتهىٰ .

وقد يُفرق ببناء حقوق الآدميين على المضايقة ، بخلاف حقوق الله تعالىٰ ؛ فإنه يغلب فيها المسامحة .

فصل

[في تعدد الطلاق بنية العدد وما يتعلق به]

٣٩٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**إذا خاطبها بلفظ من ألفاظ الطلاق ونوىٰ به طلقتين أو ثلاثاً . . وقع**) حذف صاحب « التنبيه » قوله : (إذا خاطبها) ليعم ما إذا أشار لزوجته ولو نائمة أو مجنونة وقال : « هٰذه طالق » . . فإنه يقع وإن لم يكن مخاطباً لها ولا مكلماً ؛ لأنها غير قابلة للخطاب ، وكذا يرد ذلك علىٰ قول « المنهاج » [ص ٤١٧] : (**قال** : « **طلقتك** » ، **أو** « **أنت طالق** » **ونوىٰ عدداً . . وقع**) فإنه عبر بلفظ الخطاب ، فهو مثال ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٠٣] : (**وإن نوىٰ عدداً . . ما نوىٰ**) .

٣٩٩١ـ قول «التنبيه» [ص ١٧٥] : (**إلا قوله** : «**أنت واحدة**» ـ أي : بالرفع ، كما قيده النووي[٣] ـ . . **فإنه لا يقع به أكثر من طلقة ، وقيل : يقع به ما نوىٰ**) الثاني هو **الأصح** ، وعليه مشى «المنهاج»[٤] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٢) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٢) .

(٣) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٦٤) .

(٤) المنهاج (ص ٤١٨) .

٣٩٩٢ـ قوله : (**ولو قال : « أنت طالق واحدة » ونوىٰ عدداً . . فواحدة ، وقيل : المنوي**)[١]

تبع فيه « المحرر » فإنه قال : (إنه رُجّح)[٢] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٠٣] : (**لا : « أنت واحدة »**) أي : طالق واحدة ، وهو مضبوط فيه بالنصب ؛ أي : فلا يقع المنوي ، ثم قال : (**لا إن نوىٰ توحُّدَها بالثلاث**)[٣] أي : فيقع المنوي ، وقد حكى الرافعي في « شرحيه » ترجيح وقوع الواحدة عن الغزالي ، وحكىٰ عن البغوي وغيره وقوع المنوي ، **وصححه في** « أصل الروضة »[٤] .

ولو قال : (أنت واحدةً) بالنصب وحذف لفظة : (طالق) . . فظاهر إيراد « الحاوي » وقوع واحدة ، ولم يصرح به الرافعي ، والظاهر أنه كقوله : (أنت طالق واحدة) إذا نوىٰ به الطلاق ، فلو قال : (أنت طالق واحدة) بالرفع . . فهو كقوله : (أنت واحدة) ، وقد تقدم فيه ترجيح وقوع المنوي .

وقال الشيخ برهان الدين بن الفركاح : الذي يظهر من حيث التعليل : أن يُقرأ ذلك بالرفع وبالخفض وبالنصب وبالسكون وتكون كلها علىٰ وجهين ؛ فارتفع (واحدة) علىٰ أنه خبر ، وانتصب علىٰ أنه مفعول ثان وانخفض علىٰ تقدير : (أنت ذات واحدة) ، ويكون قد حذف الجار وأبقى المجرور علىٰ حاله ، كما قيل لبعضهم : كيف أصبحت ؟ قال : خير ؛ أي : بخير ، والسكون على الوقف . انتهىٰ .

وقال في « التوشيح » : كذلك قوله : (أنت اثنتان) إذا نوىٰ به ثلاثاً . . فيجيء فيما يظهر فيه الخلاف هل يقع ما نوىٰ أو لا يقع إلا اثنتان ؟

٣٩٩٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٨] : (**ولو أراد أن يقول : « أنت طالق ثلاثاً » فماتت قبل تمام طالقٌ . . لم يقع ، أو بعده قبل ثلاثٍ . . فثلاثٌ ، وقيل : واحدةٌ ، وقيل : لا شيء**) في معنىٰ موتها : إسلامها ، وردتها قبل الدخول ، وأخذ شخص علىٰ فيه قبل أن يقول : (ثلاثاً) ، وما صححه من وقوع ثلاث تبع فيه « المحرر » فإنه قال : (إنه رجح)[٥] ، ونقل **تصحيحه في** « الروضة » عن البغوي ، وفي « الشرحين » عن البغوي ، ثم قال : وقال البوشنجي : مقتضى الفتوىٰ : إن نوى الثلاث بـ (أنت طالق) وقصد تحقيقه باللفظ . . فثلاث ، وإلا . . فواحدة ، وكذا

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤١٧) .
(٢) المحرر (ص ٣٣١) .
(٣) الحاوي (ص ٥٠٣) .
(٤) فتح العزيز (٤/٩) ، الروضة (٧٦/٨) ، وانظر « التهذيب » (٣٤/٦) .
(٥) المحرر (ص ٣٣١) .

قال المتولي في تعبيره عن هـٰذا الوجه . انتهىٰ[١] .

وقال في « التوشيح » : يظهر ترجيح ما قاله البوشنجي ؛ وكأنه تحقيق مناط ، ثم قال : والذي يظهر أن موتها قبل تمام (ثلاثاً) وبعد الشروع فيها كموتها قبل الشروع فيها ، وإن لم أره مصرحاً به ، ثم قال : وقد يقال : بوقوع الثلاث إذا شرع في لفظ (ثلاثاً) وماتت في أثنائه ، وإن لم يقع إذا لم يكن قد شرع فيه كما قيل فيما لو قال : (أنت طالق إن) ثم ماتت . فقال : أردت أن أقول : (إن دخلت الدار) . . أنه يقبل ؛ لوجود بعض لفظ التعليق[٢] .

أما لو قال : (أنت طالق) علىٰ عزم الاقتصار عليه ، فماتت ، فقال : (ثلاثاً) ، فقال الإمام : لا شك أن الثلاث لا تقع ، وتقع الواحدة[٣] ، وخرج الرافعي وجهاً : أن الاستثناء يعمل ، ولا تقع الواحدة أيضاً[٤] .

٣٩٩٤ـ قوله : (**وإن قال : « أنت طالق أنت طالق أنت طالق » وتخلل فصل . . فثلاثٌ**)[٥]

لا يخفىٰ أن ذلك في المدخول بها ، وقد صرح به بعد ذلك ، وصرح به « التنبيه » أولاً[٦] لكنه لم يذكر هـٰذا القيد ، وهو أن يتخلل فصل ، فيقع حينئذ ثلاث بلا تفصيل ، وقد ذكرهما معاً « الحاوي » فقال [ص ٥٠٧] : (**وما تكرر تعدَّدَ ، لا إن أكد بلا اختلافٍ وفصلٍ ، أو قبل الوطء**) ، والمراد بالفصل : ما كان فوق سكوت التنفس ونحوه ، فإن ادعىٰ حينئذ التأكيد . . لم يقبل ظاهراً ، ويدين ، والمراد بنية التأكيد في عبارة « التنبيه » : أن ينوي تأكيد الأولىٰ بالأخريين ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤١٨] : (**وإن قصد بالثانية تأكيداً وبالثالثة استئنافاً أو عكس . . فثنتان ، أو بالثالثة تأكيد الأولىٰ . . فثلاث في الأصح**) .

وبقي : ما لو قصد بالثانية الاستئناف ولم يقصد بالثالثة شيئاً ، أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئاً ، **والأظهر** : وقوع ثلاث فيهما ، ولم يصوب الأصحاب بالزيادة علىٰ ثلاث .

وقال في « التوشيح » : فيما لو كرر أربعاً . . يتجه أن يقال : لا يسمع منه إرادة التأكيد بالرابعة ؛ لأنه لا يصلح له ؛ فقد قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : إن العرب لا تؤكد أكثر من ثلاث مرات ، وفي كلام إمام الحرمين في « البرهان » ما يشهد له[٧] ، وإنما سمعنا إرادة

---

(١) فتح العزيز (٩/٥) ، الروضة (٧٦/٨) وانظر « التهذيب » (٣٤/٦) .
(٢) انظر « حاشية الرملي » (٢٨٧/٣٠) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (٩٤/١٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٦/٩) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤١٨) .
(٦) التنبيه (ص ١٧٦) .
(٧) البرهان (٣٣٩/١) .

التأكيد في الثاني والثالث ؛ لأنه لفظ يصلح له .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الحكم عندي في ذلك كالحكم في صورة تكريره ثلاثاً ، ولا ينبغي أن يتخيل أن الرابعة يقع بها طلقة لفراغ العدد ؛ لأنه إذا صح التأكيد بما يقع لولا قصد التأكيد.. فلأن يؤكد بما لا يقع عند عدم قصد التأكيد أولىٰ . انتهىٰ .

٣٩٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن أتىٰ بثلاثة ألفاظ ؛ مثل : إن قال : « أنت طالق وطالق فطالق ».. وقع بكل لفظة طلقة**) أورد عليه : أن هـٰذا ليس مثال تغاير الألفاظ ، وإنما فيه تغاير حروف العطف ، ومثال تغاير الألفاظ : (أنت مطلقة ، أنت مسرحة ، أنت مفارقة) ، وفي ذلك وجهان ، **أصحهما** : أنه كقوله : (أنت طالق أنت طالق أنت طالق) ، وقيل : يقع هنا الثلاث قطعاً ، حكاه الحناطي .

فإن أجبت عنه : بأنه إنما أراد : ألفاظ العطف لا ألفاظ الطلاق.. فهو مردود ؛ لأنه إنما أتىٰ بحرفي عطف.. فكيف يسميهما ثلاثة ألفاظ ؟ وقال صاحب « المهذب » في هـٰذه الصورة : لو قال : قصدت التأكيد.. دين ، وتبعه صاحبا « البيان » و« الاستقصاء » وابن أبي عصرون وغيرهم[1] ، وعن مجلي : أن الأصحاب خالفوه .

٣٩٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤١٨] : (**ولو قال : « طلقة بعد طلقةٍ أو قبلها طلقةٌ ».. فكذا في الأصح**) أي : يقع ثنتان في موطوءة وطلقة في غيرها ، وفي « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**لو قال : « أنت طالق طلقة قبلها طلقة » وادعىٰ أنه أراد : قبلها طلقة في نكاح آخر أو من زوج آخر ؛ فإن كان ذلك.. قُبل منه ، وإن لم يكن.. لم يقبل منه**) فيقيد بذلك كلام « المنهاج » .

٣٩٩٧ـ قوله : (**ولو قال : « نصف طلقة في طلقة ».. فطلقة بكل حال**)[2] كذا في كثير من نسخه ، وهو محكي عن خطه ، ولا يستقيم ذلك ؛ فإنه يقع عند قصد المعية طلقتان ، وصوابه : (نصف طلقة في نصف طلقة) ، وهـٰذا هو الذي في « المحرر » و« الروضة » وبعض نسخ « المنهاج »[3] ، وفي هـٰذه الصورة لا يقع غير طلقة ولو قصد المعية ؛ ولعله سقط لفظ (نصف) من الظرف من خط المصنف عن غير قصد ؛ فإن ذلك واضح علىٰ أن في « المهمات » في التصوير الثاني أيضاً أن القياس : وقوع طلقتين عند قصد المعية ؛ لأن التقدير : (أنت طالق نصف طلقة مع نصف طلقة) وهو لو صرح بهـٰذا.. كان كما لو قال : (نصف طلقة ونصف طلقة) ، وبحث ذلك أيضاً شيخنا الإمام البلقيني .

---

(١) المهذب (٢/ ٨٥) ، البيان (١٠/ ١١٧) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤١٨) .

(٣) المحرر (ص ٣٣٢) ، الروضة (٨/ ٨٥) ، المنهاج (ص ٤١٨) .

٣٩٩٨ـ قوله : (**ولو قال : « طلقة في طلقتين »** . . . إلىٰ آخره)[١] صور الإمام المسألة بالموطوءة ، ولم يتعرض لغيرها[٢] .

قال ابن الرفعة : فيتجه أن يجيء في وقوع ما زاد على الواحدة الخلاف في (طلقة مع طلقة) أي : فيكون **الراجح** : أنه لا فرق في ذلك بين الموطوءة وغيرها ، وهو مقتضىٰ إطلاقهما .

٣٩٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] و« الحاوي » [ص ٥٠٦] : (**ولو قال : « أنت طالق نصفي طلقة »** . . **وقعت طلقة**) قال في « المنهاج » [ص ٤١٩] : (**إلا أن يريد كل نصفٍ من طلقةٍ**) أي : فيقع طلقتان .

٤٠٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن قال : « نصف طلقتين »** . . **فقد قيل : طلقة ، وقيل : طلقتان**) **الأصح** : طلقة ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٣] .

٤٠٠١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن قال : « أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة »** . . **فقد قيل : يقع طلقة ، وقيل : يقع طلقتان**) **الأصح** : وقوع طلقتين ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » ، وهي والتي بعدها في عبارته معطوفتان علىٰ ما عبر فيه بالأصح كما هو موضح في « المحرر »[٤] ، وكل هـٰذا إذا لم يزد علىٰ أجزاء طلقتين ؛ كخمسة أثلاث وسبعة أرباع ، فإن زاد ؛ كسبعة أثلاث أو تسعة أرباع . . كان الخلاف في طلقة أو ثلاث ، قاله النووي في « الروضة » من زوائده[٥] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الأصح عندي** فيما إذا قال : (ثلاثة أنصاف طلقة) : أنه لا يقع إلا طلقة ؛ فإن الأجزاء المذكورة تصح أن تقع في وصية ووقف ، فيقضىٰ فيها بقسمة المال الواحد عليها باعتبار العول ، وكذا **صحح** في قوله : (علىٰ ثلاثة أنصاف درهم) : أنه لا يلزمه إلا درهم .

٤٠٠٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٦] : (**وأوقعت عليكن أو بينكن ما لم يزد العدد**) محله : ما إذا لم ينو توزيع كل طلقة عليهن ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤١٩] : (**فإن قصد توزيع كل طلقة عليهن . . وقع في ثنتين ثنتان ، وفي ثلاثٍ وأربعٍ ثلاثٌ**) .

٤٠٠٣ـ قوله : (**فإن قال : « أردت ببينكن : بعضهن » . . لم يُقبل ظاهراً في الأصح**)[٦] فيه أمران :

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤١٨) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ١٧٤) .
(٣) الحاوي (ص ٥٠٦) ، المنهاج (ص ٤١٩) .
(٤) المحرر (ص ٣٣٣) .
(٥) الروضة (٨/ ٨٦) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤١٩) .

أحدهما : محل تصحيح عدم القبول : إذا أخرج بعضهن عن الطلاق ، وعطل بعض الطلاق ، أما إذا لم يعطل بل فاضل فقال : (أردت طلقتين لهٰذه وتوزيع الثالثة على الباقيات) . . **فالأصح** : القبول[1] .

ثانيهما : أن كلامه يفهم الجزم بعدم القبول فيما إذا أراد ذلك في قوله : (عليكن) ، وهو ما حكاه الرافعي عن الإمام والبغوي وغيرهما ، ثم قال : وقد ذكرنا وجهاً في (كل امرأة لي طالق أو نسائي طوالق) ،وقال : (أردت بعضهن) . . أنه يُقبل ، فيجري في (أوقعت عليكن) فقول البغوي وغيره مفرع على الصحيح هناك[2] .

قلت : لكن **الأصح** في دعوىٰ إرادة البعض في قوله : (نسائي طوالق) : القبول ظاهراً أيضاً إذا كان هناك قرينة ؛ كتقدم مخاصمة كما سيأتي .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا يلزم من قبول تخصيص عموم (نسائي طوالق) القبول في قوله : (أوقعت عليكن) لأنه خطاب شفاهي نص في الأربع ، وقد **صحح** الرافعيُ في (أربعتكن طوالق) : أنه لا يدين في قوله : (نويت بقلبي : « إلا فلانة ») ولم يحك فيه هٰذا الوجه بالقبول ظاهراً[3] .

٤٠٠٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٦] : **(وعلى الرابعة إن أشركها ونوىٰ طلاقها)** أي : يقع عليها طلقة .

محله : ما إذا أراد تشريكها معهن في أصل الطلاق أو أطلق ، فلو أراد أنها تشارك كل واحدة في طلاقها . . طلقت ثلاثاً .

٤٠٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : **(وإن قال : « أنت طالق من واحدة إلى الثلاث » . . وقعت طلقتان)** أقره النووي في « تصحيحه » ، وهو موافق للمرجح في الضمان والإقرار ، لكن حكىٰ في « الروضة » هنا عن البغوي وأقره : وقوع ثلاث[4] ، وكذا **صححه** البغوي في البابين المذكورين[5] .

وحكى الرافعي في (الإقرار) في قوله : (له عليّ من درهم إلىٰ عشرة) . . لزوم تسعة عن العراقيين والغزالي[6] ؛ فلعله سكت عن ذلك في الطلاق ؛ لمعرفته مما تقدم ، وقد قال في

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣٤٨/٦) .
(٢) فتح العزيز (٢٣/٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٩٣/١٤) ، و« التهذيب » (٨٦/٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٥٠٤/٨) .
(٤) الروضة (٨٥/٨) ، وانظر « التهذيب » (٨٣/٦) .
(٥) انظر « التهذيب » (١٧٩/٤ ، ٢٣٩) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٣١٤/٥) .

(الطلاق) : فيه أوجه كما بينا في الإقرار[1] ، وذلك يشعر بأن الراجح في الطلاق كالراجح في الإقرار .

وقال الروياني : وقوع ثنتين أقرب إلى المذهب ، ووقوع واحدة أقيس[2] .

فصل

[في الاستثناء في الطلاق]

٤٠٠٦ـ قول « التنبيه » في (الأيمان) [ص ١٩٨] : (**وإن عن له الاستثناء في أثناء اليمين** . . **فقد قيل : يصح** ، وقيل : **لا يصح**) **الأصح** في « المنهاج » : أنه يصح فقال من زيادته [ص ٤١٩] : (**ويُشترط أن ينوي الاستثناء قبل فراغ اليمين في الأصح**) وكذا **صححه** في « الروضة » من زيادته أيضاً ، واقتضىٰ نقله عن الرافعي : أنه لا يكتفي بذلك ، بل لا بد من اتصال نية الاستثناء بأول الكلام فقال : وهل يشترط قرن نية الاستثناء بأول اللفظ ؟ فيه وجهان ، **أصحهما** ـ وادعىٰ أبو بكر الفارسي الإجماع عليه ـ : أنه لا يعمل بالاستثناء حتىٰ يتصل بأول الكلام . انتهىٰ[3] .

وعبارة الرافعي : وهل يشترط أن يكون قصد الاستثناء مقروناً بأول الكلام ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، ولو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنىٰ منه فاستثنىٰ . . حكم بموجبه ، **وأصحهما** ـ وادعىٰ أبو بكر الفارسي الإجماع عليه ـ : أنه لا يعمل به ، ويقع الطلاق ؛ لأن الاستثناء مُنشأ بعد لحوق الطلاق . انتهىٰ[4] .

فتصويره أولاً يقتضي أن الخلاف في اشتراط اتصاله بأول الكلام ، وتعليله ثانياً يقتضي أنه في اتصاله باللفظ وإن لم يقترن بأوله ، وتعبير « الروضة » عن الأصح بقوله : (حتىٰ يتصل بأول الكلام) من تصرفه ، وليس في كلام الرافعي كما عرفته ، وقد صرح الرافعي في (الأيمان) بأن الخلاف في اشتراط وجود نية الاستثناء قبل فراغ اللفظ ، وأن هـٰذا هو الذي سبق في (الطلاق)[5] ، وكلام الإمام والغزالي يدل علىٰ ذلك ، ونص الشافعي علىٰ ما صححه النووي فقال : (ولا تنفع الثُّنْيا إلا أن ينو بها صاحبها عندما يعقد أو قبل أن يفرغ من اليمين ، فأما إذا لم ينوها إلا بعد الفراغ . . لم تنفعه) انتهىٰ[6] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١٨) .
(٢) انظر « بحر المذهب » (١٠/ ١٣٠) .
(٣) الروضة (٨/ ٩١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٢٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٢/ ٢٣٢) .
(٦) انظر « الأم » (٧/ ٦٢) .

فلو قال : أنت طالق ثلاثاً ، ولا تطلقي واحدة أو ثلاثاً لا واحدة ، وقصد بذلك ما يقصد بالاستثناء . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي يظهر أنه لا يقع إلا طلقتان ، قال : ولم أر من تعرض له .

٤٠٠٧ـ قوله : (**ولو قال : « أنت طالق ثنتين وواحدة إلا واحدة »** . . **فثلاثٌ**)[1] قال في « المهمات » : ينبغي ـ تفريعاً علىٰ أن الاستثناء عقب الجمل يعود إليها ـ أن يقع طلقتان .

قلت : الظاهر أن هـٰذا ليس من صور العود إلى الكل ، وكيف يستثني واحدة ويصيرها ثنتين ؟ وإنما يستقيم ذلك بتقدير ، وهو (إلا واحدة من كل الطلاقين) ولا دليل علىٰ ذلك ، بخلاف بقية صور الاستثناء المتعقب للجمل ، وينبغي أن يقيد بهـٰذا كلامهم في عودها للكل ، وتمثيلهم يدل علىٰ ذلك ، والله أعلم .

واعلم : أن الرافعي والنووي **صححا** فيما إذا عطف بعض العدد علىٰ بعض في المستثنىٰ أو المستثنىٰ منه . . أنه لا يجمع بينهما[2] ، ووافقهما شيخنا الإمام البلقيني في المستثنىٰ منه ، وخالفهما في المستثنىٰ ، فقال : يجمع ما لم يصل إلى الاستغراق ، ثم استشهد بما لو قال : (أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة وواحدة)[3] ، فحكيا عن الشيخ أبي علي أنه قال : اتفق الأصحاب علىٰ أنه يجمع بينهما ، ويصحان ، ولا يقع إلا ما بقي بعد الاستثناء ، وهو واحدة .

قلت : لا معنىٰ لهـٰذا ؛ لأنه إنما تظهر ثمرة هـٰذا الخلاف عند الاستغراق ، فأما إذا لم يستغرق . . فإنه يستوي الحكم مع الجمع والتفريق ، فكونه في هـٰذه الصورة لا يقع إلا طلقة ليس مفرعاً على الجمع ، بل هو على التفريق كذلك أيضاً ، والله أعلم .

٤٠٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن قال : « أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا ثنتين »** . . **فقد قيل : يقع ثلاث ، وقيل : يقع طلقتان) الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج »[4] .

وسُئِلْتُ عمن كلف شخصاً المبيت عنده ليالي فحلف أنه لا يبيت عنده غير تلك الليلة المستقبلة . . هل يحنث بترك المبيت عنده فيها ؟

فأجبت : بأن مقتضىٰ قاعدتنا : أن الاستثناء من النفي إثبات أن يكون المبيت تلك الليلة محلوفاً عليه أيضاً ، فيحنث بتركه ، لكن أفتىٰ شيخنا الإمام البلقيني بحضوري فيمن حلف لا يشكو غريمه إلا من حاكم شرعي . . هل يحنث بترك شكواه مطلقاً ؟ فأجاب : بعدم الحنث ؛ لأن مقصوده إنما

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/٢٧) ، و« الروضة » (٨/٩٢) .
(٣) في النسخ : (واحدة واحدة) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٤) المنهاج (ص ٤٢٠) .

هو نفي الشكوىٰ من غير حاكم الشرع ، ويوافقه تصحيح النووي في « الروضة » من زيادته في (الإيلاء) فيمن حلف لا يطأ في السنة إلا مرة . . أنه لا يحنث بترك الوطء مطلقاً ، وهو ناظر للمعنىٰ مخالف للقاعدة المتقدمة ، ومقتضاه في المسألة التي سُئِلْتُ عنها : أنه لا يحنث بترك المبيت تلك الليلة ؛ لأن قصده إنما هو نفي الزيادة علىٰ ليلة لا إثبات الليلة ، فيخرج عن مقتضى اللفظ ؛ لما يفهم منه عرفاً ، وقد يقال في هٰذه الصورة : لما كان الحلف علىٰ مستقبل . . كان نقيض الامتناع المحلوف عليه التخيير في المستثنىٰ ؛ فلهٰذا لم يحنثه بتركه ، بخلاف الماضي والحال ، والله أعلم .

٤٠٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن قال : « أنت طالقاً خمساً إلا ثلاثاً » . . فقد قيل : تطلق ثلاثاً ، وقيل : طلقتين**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[(١)] .

٤٠١٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن قال : « أنت طالق إن شاء الله » ، أو « أنت طالق إن لم يشأ الله » . . لم يقع**) شرطه : أن يقصد تعليق الطلاق علىٰ مشيئة الله أو علىٰ عدم مشيئته كما صرح به « المنهاج »[(٢)] ، وعليه يدل قول « الحاوي » [ص ٥٠٧] : (**أو علق ، لا المشكوك ؛ كـ« إن شاء الله » ، أو « إلا أن يشاء الله » ، أو « إن لم يشأ الله »**) فلو سبقت الكلمة إلىٰ لسانه ؛ لتعوده بها ، أو أتىٰ بها بقصد التبرك أو إشارة إلىٰ أن كل شيء بمشيئته . . طلقت ، وكذا **تطلق** لو لم يعلم هل قصد التعليق أم لا ؟ لأن الأصل عدمه ، قال بعضهم : ولو خرج علىٰ تقابل الأصل والظاهر . . لم [ينعقد][(٣)] ؛ لأن ظاهر اللفظ يقتضي الاستثناء .

٤٠١١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٦] : (**وإن قال : « أنت طالق إلا أن يشاء الله » . . فالمذهب : أنه يقع ، وقيل : لا يقع**) الوقوع مذهب العراقيين ، **وصححه** البغوي[(٤)] ، لكن الذي **صححه** الإمام وغيره : عدم الوقوع[(٥)] ، وفي « المحرر » و« الشرحين » : إنه **الأقوىٰ**[(٦)] ، **وصححه** « المنهاج » ، وعليه مشى « الحاوي »[(٧)] .

٤٠١٢ـ قوله : (**وإن قال : « أنت طالق ، أو لا » . . لم يقع شيء**)[(٨)] أورد عليه شيخنا

---

(١) الحاوي (ص ٥٠٧) ، المنهاج (ص ٤٢٠) .
(٢) المنهاج (ص ٤٢٠) .
(٣) في (ج) ، (د) : (يبعد) .
(٤) انظر « التهذيب » (٦/٩٨) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٢١٦ ، ٢١٧) .
(٦) المحرر (ص ٣٣٤) ، فتح العزيز (٩/٣٧) .
(٧) الحاوي (ص ٥٠٧) ، المنهاج (ص ٤٢٠) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ١٧٦) .

الإسنوي في « تصحيحه » : أن **الأصح** : الوقوع فيما إذا كان ذلك في معرض الإنشاء كما في « الروضة » في (كتاب الإقرار)[1] ، وهو كما نقل ، والعجب أنه في « تنقيحه » إنما نقل ذلك عن الرافعي بواسطة ابن الرفعة ، لكن الرافعي في أوائل الباب الثالث من (الإقرار) بعد مضي نحو ورقة من الموضع المتقدم قال : لو قال : « عليّ ألف ، أو لا » . . لزمه الألف ؛ لأنه غير منتظم[2] .

وقال النووي : هو غلط ، وقد صرح صاحبا « التهذيب » و« البيان » بأنه لا يلزمه في هٰذه الصورة شيء كما لو قال : (أنت طالق ، أو لا) فإنه لم يجزم بالالتزام ، وما يبعد أن يكون الذي في كتاب الرافعي تصحيفاً من النساخ أو تغييراً مما في « التهذيب » ، وكيف كان : **فالصواب الذي يقطع به** : أنه إذا قال : ألف ، أو لا . . فلا شيء عليه . انتهىٰ[3] .

وفي « أصل الروضة » في الباب الثاني في أركان الطلاق : قال : (أنت طالق ثلاثاً أو لا) بإسكان الواو . . لا يقع شيء ، قال المتولي : هو كما لو قال : هل أنت طالق ؟ انتهىٰ[4] .

فاختلف كلام الرافعي في ذلك من ثلاثة أوجه : أطلق في الطلاق عدم الوقوع ، وفي الموضع الثاني من (الإقرار) في نظير المسألة ما يقتضي الوقوع ، وفصل في الموضع الأول من الإقرار بين الإنشاء والإقرار ، وهو الحق ، فيحمل إطلاقاه علىٰ تفصيله .

وعلى التفصيل لو أطلق فلم يفسر بإقرار ولا إنشاء . . قال الهروي في « الإشراف » : يمكن أن يقال : إنه يحمل على الإخبار حتىٰ لا يقع لقرينة التشكيك ، والأصل بقاء النكاح .

قال في « المهمات » : وهو ظاهر منقاس ، ولم يطلع النشائي إلا على الموضع الثاني من الإقرار ، فقال : وقع في الرافعي في (كتاب الإقرار) أنه يقع ، وحكاه في « الكفاية » ، وهو وهمٌ نبه عليه النووي ، وقد ذكره الرافعي في « شرحه الصغير » على الصواب[5] .

وتبعه في « التوشيح » فذكر مثل ذلك ، وقد عرفت أن ما حكياه عن الرافعي في (الإقرار) ليس في عين المسألة ، وإنما هو في نظيرها ، وفاتهما الموضع الأول ، **وعليه الاعتماد** ، والله أعلم .

فلو قال : (أنت طالق واحدة أو لا شيء) . . قال ابن الصباغ : **قياس قول أبي العباس** : أنه لا يقع شيء ؛ لأن (واحدة) صفة للطلاق ، وصفة الشيء راجعة إليه ، فصار كقوله : (أنت طالق أو لا شيء) أما لو قال : (أنت طالق أَوَّلاً ـ بتشديد الواو وفتحها ـ وهو يعرف العربية . . فإنه يقع .

---

(١) تذكرة النبيه (٣/٣١٧) ، وانظر « الروضة » (٤/٣٩٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٥/٣٣٤) .
(٣) الروضة (٤/٣٩٧) ، وانظر « التهذيب » (٤/٢٥٠) ، (٦/٣٧) ، و« البيان » (١٣/٤٢٨) .
(٤) الروضة (٨/٣٩) .
(٥) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٤٩) .

٤٠١٣ـ قوله : (**وإن قال : « أنت طالق ثلاثاً » واستثنىٰ بعضها بالنية . . لم يقبل في الحكم**)[1] يقتضي أنه يدين ، **والأصح** : خلافه .

فصل

[في الشك في الطلاق أو العدد]

٤٠١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٠] : (**شك في طلاق . . فلا ، أو فيٰ عددٍ . . فالأقل ، ولا يخفى الورع**) قال في « التنبيه » فيما إذا شك في طلاق [ص ١٨١] : (**والورع أن يراجع**) ، وقال فيما إذا شك في عدد : (**الورع إن كانت عادته أن يطلق ثلاثاً . . أن يبتدىء إيقاع الثلاث**) واعترض عليه في كلا الصورتين ، أما الأولىٰ : فإنما يكون الورع الرجعة فيما إذا أمكنت وكانت له رغبة في نكاحها ، فإن لم تمكن ؛ بأن كان قبل الدخول . . فالورع : تجديد نكاحها إن كانت له رغبة ووافقت عليه ، وحيث لا رغبة أو لم توافق عليه . . فالورع تنجيز طلاقها ، وقد قال الشافعي في « الأم » : إذا قال الرجل : أنا أشك أطلقت امرأتي أم لا ؟ قيل له : الورع أن تطلقها . انتهىٰ[2] .

وهو محمول علىٰ ما ذكرناه ، وقال ابن الرفعة : وما ذكره الأصحاب من أن الورع الرجعة تفريع على **الصحيح** : أن الرجعة تصح حيث يجهل شرطها ، وتوقف على البيان كما هو مذكور في العدد عند الكلام في اجتماع عدتين علىٰ حامل بحمل يجهل حال من هو منه ، أما إذا قلنا : لا يصح مع الجهل . . فلا يجعل الاحتياط لأجل الشك في الشرط ، وإنما يحصل ؛ بأن يطلقها طلقة معلقة علىٰ عدم التطليق فيما مضىٰ ، ثم يراجعها ، وإذا جرى الوجهان في الرجعة . . فتجديد النكاح مرتب عليها وأولىٰ بعدم الحصول ، ثم قال : وعلى الجملة **فالصحيح ما قالوه** ، ونص الشافعي يشهد له .

قال في « التوشيح » : وقد يمنع دعوىٰ أن الصحيح ما قالوه ؛ فإنه إذا ثبت تخريج خلاف في صحة الرجعة . . عاد ذلك بورع ثانٍ ، فيقال : الورع : التوقي من مظان الخلاف . . فكيف يأتي بما هو مختلف فيه في حصول الرجعة به ؟ انتهىٰ .

وأما الصورة الثانية : فقال النووي في « تصحيحه » : (**الصواب** : أن الورع أن يبتدىء إيقاع طلقتين لا ثلاثاً)[3] ، وحمل ابن الرفعة كلام « التنبيه » على الشاك في أصل الطلاق دون من تحقق بعضه وشك في زيادته .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٧) .

(٢) الأم (٥/٢٦٢) .

(٣) تصحيح التنبيه (٢/٧٣) .

قال النشائي وصاحب « التوشيح » : والحمل علىٰ هٰذا أولىٰ من إلزام الشيخ الخطأ[1] .

قلت : كيف يستقيم هٰذا الحمل مع قوله : شك هل طلق طلقة أو أكثر ؟ ! .

وقال شيخنا ابن النقيب : في الحالين نظر ، وينبغي أن يكفيه في الورع في الصورة الأولىٰ ـ أي : وهي ما إذا شك هل طلق ثلاثاً أم لم يطلق شيئاً ـ أن ينجز طلقة فقط ؛ لتحل بها لغيره بيقين ويترك نكاحها ، فإن رغب فيها . . فالورع ألاَّ ينكحها إلا بعد زوج ، وفي الصورة الثانية ـ أي : وهي ما إذا شك هل طلق طلقة أو أكثر ؟ ـ يكفيه في الورع أن يترك نكاحها ، فإن رغب فيها . . فبعد زوج . انتهىٰ[2] .

٤٠١٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٨] : (**وفي عبدٍ واشترىٰ ثالثٌ . . عتق النصف**) أي : إذا علق شريكان في عبد عتق نصيبهما بنقيضين كما لو قال أحدهما : إن كان هٰذا الطائر غراباً . . فنصيبىٰ منه حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً . . فنصيبىٰ منه حر ، ولم يتبين الحال فاشترىٰ ثالث نصيبهما . . عتق عليه النصف ، وفيه أمور :

أحدها : أنه محمول علىٰ ما إذا كانت الشركة في العبد مناصفة ، فلو كانت مثالثة أو مرابعة أو غير ذلك . . كان المحكوم بعتقه أقل النصيبين .

ثانيها : مفهومه أنه إذا لم يشتره ثالث واستمر علىٰ ملكهما . . لم يعتق منه شيء ، ومحله : ما إذا كانا معسرين ، فإن كانا موسرين وقلنا : بتعجيل السراية . . عتق العبد ؛ لتحقق حنث أحدهما ، فيعتق نصيبه ويسري ويوقف الولاء ، وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً وقلنا : بتعجيل السراية . . عتق نصيب المعسر قطعاً ؛ إذ لا يخلو الحال عن حنثه أو حنث صاحبه وسراية العتق إلىٰ نصيبه .

ثالثها : ومفهومه أنه إذا لم يشتره ثالث بل أحدهما . . لا يعتق شيء ، وليس كذلك ، فلو اشترىٰ أحدهما نصيب صاحبه . . عتق أحد النصيبين .

رابعها : ولا ينحصر الأمر في الشراء ؛ فالهبة والإرث كذلك ، وقال الأصحاب فيما حكاه ابن الرفعة فيما إذا كانا معسرين : أنهما لو تبادلا إحدى الحصتين بالأخرىٰ وصححناه . . تصرف كل منهما فيما انتقل إليه كما كان يتصرف فيما نقله عنه ، واستشكل ابن الرفعة جواز هٰذا التبادل ؛ للقطع بفساد أحد العوضين .

٤٠١٦ـ قوله : (**وفي عبدين واشترىٰ أحدهما . . يمتنع عنهما**)[3] أي : إذا اجتمعا في ملكه ،

---

(١) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٥١) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٣٥٧) .
(٣) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٨) .

وقيل : إنما يمتنع التصرف في المشترىٰ دون الأول ، قال النووي : كذا نقلهما الإمام وآخرون ، **ورجحوا** الأول ، وهو أفقه ، وقطع أبو حامد وسائر العراقيين أو جماهيرهم بتعين العتق في المشترىٰ ، أما لو باع أحدهما عبده ثم اشترى الآخر . . ففي « البسيط » : لم أره مسطوراً ، **والقياس** : نفوذ تصرفه فيه ، قال النووي : أما علىٰ طريقة العراقيين : فيعتق الثاني بلا شك ، وعلى الأخرىٰ : يحتمل ما قاله[1] ويحتمل إبقاء الحجر في الثاني إلى التبيين ، وهو أقيس ؛ احتياطاً للعتق ، وقد ذكر في « الوسيط » احتمالين ، أحدهما : ما ذكره في « البسيط » ، والثاني : عدم النفوذ فيه . انتهىٰ[2] .

وما حكاه عن « البسيط » جزم به الماوردي فقال : لو ابتاع كل منهما عبد الآخر ولم يتكاذبا . . جاز لكل منهما أن يتصرف في الذي اشتراه وجهاً واحداً ، ذكره في « المهمات »[3] .

٤٠١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٠] : (**ولو طلق إحداهما بعينها ثم جهلها . . وُقِفَ حتىٰ يتذكر**) لو عبر بـ (النسيان) كـ « المحرر » و« الحاوي »[4] . . لكان أحسن ؛ فإنه المراد ، وأما الجهل : فإنه مقارن ؛ كطلاقها في ظلمة أو من وراء حجاب . . فلا يعبر فيه بـ (ثم) وإن كان حكم النسيان والجهل في ذلك واحداً ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٨١] : (**ثم أشكل عليه**) .

٤٠١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٠] : (**ولا يطالب ببيانٍ إن صدقناه في الجهل**) أي : فلو كذبناه وبادرت واحدة فقالت : أنا المطلقة . . لم يقنع منه بقوله : نسيت ، أو لا أدري ، بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها ، فإن نكل . . حلفت ، وقضىٰ لها .

واعترض شيخنا الإمام البلقيني علىٰ قولهم : (لم يقنع) بقوله : (نسيت المعينة) : بأنه أخبر بما عنده ، والتهور في التبيين من غير تحقيق ممتنع .

٤٠١٩ـ قولهما : (**وإن قال لها ولأجنبية : « إحداكما طالق » ، وقال : « قصدت الأجنبية » . . قُبل**)[5] زاد « المنهاج » : (**في الأصح**) عبر في « الروضة » : **بالصحيح المنصوص** في « الإملاء » ، وبه قطع الجمهور ، فلو لم ينو بقلبه واحدة . . ففي « فتاوى البغوي » : تطلق زوجته[6] ، وفي « المهمات » : يتجه أن محله : إذا لم يقع على الأجنبية طلاق منه ولا من غيره ، وإلا . . فلا يحمل علىٰ زوجته ؛ لصدق كلامه عليهما صدقاً واحداً ، والأصل بقاء الزوجية ؛ ويؤيده

---

(١) أي : في « البسيط » .

(٢) الروضة (٨/ ١٠٠ ، ١٠١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٢٧٣ ، ٢٧٤) و« الوسيط » (٥/ ٤٢٠) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٢٧٨) .

(٤) المحرر (ص ٣٣٤) ، الحاوي (ص ٥٠٨) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٨١) ، و« المنهاج » (ص ٤٢١) .

(٦) الروضة (٨/ ١٠٢) .

ما في الرافعي في (العتق) : أنه إذا أعتق عبداً ثم قال له ولعبد آخر له : أحدكما حر . . لم يقتض ذلك عتق الآخر[1] .

٤٠٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢١] : (**وعليه البدار بهما**) أي : بالبيان والتعيين و« الحاوي » [ص ٥٠٨] : (**وعصىٰ بالتأخير**) محله : في الطلاق البائن ، أما الرجعي : فلا يلزمه فيه في الحال بيان ولا تعيين على **الأصح** في « أصل الروضة » و« الشرح الصغير » تبعاً للإمام[2] ، وفي « المهمات » : ينبغي أن محله : إذا كانت العدة قائمة ، فإن انقضت . . طولب ؛ لحصول البينونة .

قلت : لا يحتاج للتنبيه علىٰ هـٰذا ؛ فهو مرادهم بلا شك ، وقد صرحوا به في قولهم : لا يلزمه في الحال ، ثم قال ابن الرفعة في الطلاق البائن : لو استمهل . . أمهل ؛ فإن الروياني قال في المسلم علىٰ أكثر من أربع : يمهل إذا استمهل ثلاثة أيام ، وقال في « المهمات » : ينبغي أن محله : إذا نسي أو أبهم ، فإن عين ولم يدع النسيان . . فلا وجه للإمهال ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا نسلم اللزوم ولا العصيان بالتأخير ما دامت العدة قائمة ، ثم حكىٰ عن أبي الفرج الزاز : أنه حكىٰ عن عامة الأصحاب أنه لا يجبر على البيان ، بل يُكتفىٰ بأن يوقف عنهما جميعاً ، خلافاً للقفال .

٤٠٢١ـ قولهم : (**وعليه نفقتهما**)[3] زاد « المنهاج » تبعاً لـ« المحرر » : (**في الحال**)[4] ، قال شيخنا ابن النقيب : لم أفهم ما أراد بالحال[5] .

قلت : كأنه أراد : تلك الحال ، وهي حال الإبهام إلىٰ أن يبين أو يعين كما صرح به « التنبيه » و« الحاوي » ، فتعبيرهما أظهر .

٤٠٢٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٨] : (**وبه يتبين وقوعه باللفظ**) يتناول الطلاق المعين والمبهم ، وفي الثاني خلاف بيّنه « المنهاج » فقال [ص ٤٢١] : (**ويقع الطلاق باللفظ ، وقيل : إن لم يعين . . فعند التعيين**) ، وقال الرافعي : رجح الثاني مرجحون منهم الشيخ أبو علي ، وقال : إنه ظاهر المذهب ، وذهب الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والروياني وغيرهم إلىٰ **ترجيح الأول** ، والنفس إلىٰ قبوله أسرع[6] ، وفي « المحرر » : إنه **أقرب**[7] ، وقال النووي : إنه **الصواب**[8] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣٧٧) .
(٢) الروضة (٨/ ١٠٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٢٧٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٨١) ، و« الحاوي » (ص ٥٠٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٢١) .
(٤) المحرر (ص ٣٣٥) .
(٥) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٣٦٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٥) ، و« بحر المذهب » (١٠/ ١٦٩) .
(٧) المحرر (ص ٣٣٥) .
(٨) انظر « الروضة » (٨/ ١٠٤) .

٤٠٢٣ـ قول « التنبيه » في الطلاق المبهم [ص ١٨١] : (**وإذا عين . . وجبت العدة من حين الطلاق ، وقيل : من حين التعيين ، والأول أصح**) لكن **صحح** في « أصل الروضة » في هـٰذه الصورة : أنه من حين التعيين[١] ، وفرع عليه شيخنا الإمام البلقيني أن له الرجعة في هـٰذه العدة التي من حين التعيين ، ولا نظر إلىٰ تقصيره بترك التعيين .

٤٠٢٤ـ قوله في الطلاق المبهم : (**فإن وطىء إحداهما . . تعين الطلاق في الأخرىٰ علىٰ ظاهر المذهب ، وقيل : لا يتعين**)[٢] **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٣] ، وحكاه صاحب « الشامل » عن النص ، لكن نقل الماوردي الأول عن الأكثرين[٤] ، وحكاه المحاملي عن سائر الأصحاب .

٤٠٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢١] : (**ولو قال مشيراً إلىٰ واحدة : « هـٰذه المطلقة » . . فبيان**) كذا لو قال : (هـٰذه الزوجة) . . كان بياناً للطلاق في الأخرىٰ كما جزم به في « الروضة » وأصلها[٥] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنما يحكم بذلك إذا كان بائناً ؛ فإن الرجعية زوجة ، إلا إذا ظهر من لفظه ما يقتضي أن تلك هي المطلقة .

٤٠٢٦ـ قوله : (**أو « أردت هـٰذه وهـٰذه » ، أو « هـٰذه بل هـٰذه » . . حكم بطلاقهما**)[٦] فيه أمور :

أحدها : كذلك لو قال : (هـٰذه هـٰذه) من غير حرف عطف ، أو (هـٰذه مع هـٰذه) ، واقتصر « التنبيه » و« الحاوي » علىٰ ذكر صورة (بل)[٧] ، فلو عطف بـ (الفاء) أو بـ (ثم) . . فقال القاضي حسين والبغوي والمتولي : تطلق الأولىٰ فقط ؛ لأنهما للترتيب[٨] .

واعترض الإمام : بأنه اعترف بطلاقهما كـ (الواو)[٩] .

وقال الرافعي : والحق الاعتراض[١٠] ، وقال النووي : قول القاضي **أظهر**[١١] ، ومال في

---

(١) الروضة (٨/ ١٠٤) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨١) .

(٣) الحاوي (ص ٥٠٨) ، المنهاج (ص ٤٢١) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٢٨١) .

(٥) الروضة (٨/ ١٠٥) .

(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤٢١) .

(٧) التنبيه (ص ١٨١) ، الحاوي (ص ٥٠٩) .

(٨) انظر « التهذيب » (٦/ ١١٠) .

(٩) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٢٥٠) .

(١٠) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٨) .

(١١) انظر « الروضة » (٨/ ١٠٦) .

« المطلب » إلىٰ ترجيحه ، وقال في « المهمات » : **إنه المتجه من جهة البحث** .

ولو قال : (أردت هـٰذه بعد هـٰذه) . . فقياس الأول : أن تطلق المشار إليها أولاً وحدها ، وقياس الاعتراض : الحكم بطلاقهما في الصورتين ، أما لو قال : (هـٰذه أو هـٰذه) . . استمر الإبهام وطولب بالبيان .

ثانيها : في قوله : (**حكم بطلاقهما**) إشارة إلىٰ أن هـٰذا في ظاهر الحكم وتطلق في الباطن المنوية ، وبه صرح الإمام[1] .

ثالثها : هـٰذا في الطلاق المعين ؛ ويدل عليه قوله : (**فبيانٌ**)[2] فأما في الطلاق المبهم . . فالمطلقة هي الأولىٰ سواء عطف بالواو أو الفاء أو ثم أو بل ؛ لأنه إنشاء اختيارٍ وليس بإخبار ، وليس له إلا اختيار واحدة ، وقد صرح بذلك « التنبيه » و« الحاوي »[3] .

٤٠٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢١] : (**ولو ماتتا أو إحداهما قبل بيانٍ وتعيينٍ . . بقيت مطالبته لبيان الإرث**) يقتضي بظاهره : أنه له في موت إحداهما تعيين الحية والميتة ، وأنه لا فرق في ذلك بين الطلاق المنجز والمعلق ، وهو في المنجز والمعلق الذي تقدم فيه وجود صفة التعليق علىٰ موت إحداهما واضح ، أما المعلق الذي تقدم فيه موت إحداهما على الحنث ؛ كقوله : (إن جاء زيد . . فإحداكما طالق) ، أو (الطلاق يلزمني لا يدخل فلان الدار) وله زوجتان ؛ فإذا وجدت الصفة . . لا تطلق إلا إحداهما كما في « فتاوى النووي » ، فهل تتعين الحية نظراً إلىٰ حالة وقوع الطلاق ، أو له تعيين الميتة نظراً لحالة التعليق ؟

قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف فيه علىٰ نقل ، **والأصح في نظائره** : أن العبرة بحالة التعليق ، فقضيته : أن يصح تعيين الميتة وإن وجد الحنث بعد موتها .

٤٠٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٨١] : (**فإن ماتت المرأتان قبل التعيين . . وُقِف من كل واحدة منهما نصيب الزوج ، وإن مات الزوج . . وقف لهما من ماله نصيب زوجة**) محله : ما إذا كانتا ممن يرثان منه ، فلو كانت إحداهما كتابية والأخرىٰ والزوج مسلمان . . **فالأصح في نظيره** من نكاح المشركات : أنه لا يوقف شيء ، وهـٰذا مثله ، لكن نقل في « الكفاية » عن اختيار صاحب « الشامل » في هـٰذه المسألة : الوقف ، ولم ينقل ترجيحاً بخلافه .

٤٠٢٩ـ قوله : (**فإن قال الوارث : « أنا أعرف الزوجة » . . فهل يرجع إليه ؟ فيه قولان ،**

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٢٥١) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٢١) .

(٣) التنبيه (ص ١٨١) ، الحاوي (ص ٥٠٩) .

وقيل : **يرجع إليه في الطلاق المعين ولا يرجع في المبهم)**[1] **صحح في** « تصحيح التنبيه » : الرجوع إليه في المعين دون المبهم[2] ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٢١] : (**ولو مات.. فالأظهر** : **قبول بيان وارثه لا تعيينه**) وعبارة « المحرر » : (وقيامه مقامه في البيان أظهر منه في التعيين) انتهىٰ[3] .

وليس فيه تصريح بترجيح ، وعبارة « أصل الروضة » : فيه قولان ، وقيل : يقوم في البيان قطعاً والقولان في التعيين ، وقيل : لا يقوم في التعيين والقولان في البيان ؛ لأنه إخبار يمكن الاطلاع عليه ، بخلاف التعيين ؛ فإنه اختيار شهوة ، فلا يخلفه الوارث كما لو أسلم علىٰ أكثر من أربع نسوة ومات ، وقال القفال : إن مات والزوجتان حيتان.. لم يقم الوارث قطعاً لا في البيان ولا في التعيين ؛ إذ لا غرض له في ذلك ؛ فإن الإرث لا يختلف بزوجة وزوجتين .

وإن ماتت إحداهما ثم الزوج ثم الأخرىٰ وعين الوارث الأولىٰ للطلاق.. قُبل قوله قطعاً ؛ لأنه يضر نفسه ، وإن عين الأولىٰ للنكاح أو مات الزوج وقد ماتتا.. فيه القولان ، ثم يعود الترتيب المذكور في البيان والتعيين ، **والأظهر** حيث يثبت قولان : أنه يقوم ، وحيث اختلف في إثبات القولين : المنع . انتهىٰ[4] .

وإثبات القولين على الطريقين هو فيما إذا مات الزوج بعدهما أو بينهما وعين الأولىٰ للنكاح ، والاختلاف في إثبات القولين فيما إذا مات وهما حيتان أو مات بين موتيهما وعين الأولىٰ للطلاق ؛ فإن القفال لا يوافق على الخلاف فيهما ، بل يقطع في الثانية بالقيام ، وفي الأولىٰ بعدمه .

ومقتضىٰ تعبير « الروضة » وأصلها : ترجيح منع قيام الوارث مقامه فيما إذا مات بين موتهما وعين الأولىٰ للطلاق ؛ لأنه رجح المنع حيث اختلف في إثبات القولين ، وقد اختلف هنا في إثبات القولين لكن المنع هنا بعيد ؛ لإضراره بنفسه كما تقدم ، وكأن المراد : الاختلاف في إثباتهما بالقطع بعدم قيام الوارث مقامه ، لا الاختلاف في ذلك بالقطع بقيامه مقامه ؛ فقيامه هنا مقامه أظهر منه في صورة الاتفاق علىٰ إثبات الخلاف ، فأهمل ذلك لوضوحه .

ومشى « الحاوي » علىٰ طريقة القفال لترجيح الغزالي لها فقال : (**أو إحداكما طالق أو حُرٌّ.. عَيَّنَ ، والوارث ، لا إن مات أولاً**)[5] ، ويجوز في إطلاقه التعيين في الطلاق المعين ، أو سكت عن مسألة الطلاق المعين ؛ لفهمهما من طريق الأولىٰ ، وعطف الوارث على الضمير المستتر في

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨١) .
(٢) تصحيح « التنبيه » (٢/ ٧٤) .
(٣) المحرر (ص ٣٣٥) .
(٤) الروضة (٨/ ١٠٩ ، ١١٠) .
(٥) الحاوي (ص ٥٠٨) .

قوله : (عَيَّنَ) من غير تأكيد ولا فصل ، وهو ضعيف في العربية ، ومقتضىٰ كلامه : أن الوارث لا يقوم مقامه في تعيين العتق عند موته أولاً كالطلاق ، وصرح به في « العجاب » ، وأقره عليه القونوي والبارزي ، وهو خلاف ما في « التعليقة » فإن فيها قيامه مقامه ، وهو الموافق لإطلاق الرافعي في (باب العتق)[1] ؛ لأن للوارث غرضاً في رق عبد وحرية آخر . . ففارق الزوجين .

٤٠٣٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٨١] : (**فإن ماتت إحداهما ثم مات الزوج ثم ماتت الأخرىٰ . . رجع إلىٰ وارث الزوج ؛ فإن قال : الأولة مطلقة والثانية زوجة . . قبل منه ، وإن قال : الأولة زوجة والثانية مطلقة . . فهل يقبل منه ؟ قولان**) صحح النووي في « تصحيحه » : الرجوع إليه في المعين دون المبهم[2] ، وقوله : (الأولة) لغة ضعيفة ، والأفصح : الأولىٰ ، وقوله : (**ثم ماتت الأخرىٰ**) لا يتقيد الحكم به ، فلو لم تمت . . كان الحكم كذلك .

نعم ؛ يظهر أثره في العدة ؛ فإنها إذا كانت حرة . . تعتد بأبعد الأجلين من الأشهر والأقراء .

٤٠٣١ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو قال : « إن كان غراباً . . فامرأتي طالق ، وإلا . . فعبدي حر » وجهل . . مُنع منهما إلى البيان ، فإن مات . . لم يُقبل بيان الوارث على المذهب**)[3] قال السرخسي : محل الخلاف : ما إذا قال الوارث : حنث في الزوجة ؛ فإن عكس . . قُبل قطعاً ؛ لإضراره بنفسه ، قال الرافعي : وهو حسن[4] ، وقال النووي : قد قال به أيضاً غير السرخسي وهو متعين[5] .

ورده في « المهمات » من جهة النقل ؛ بأن مقتضىٰ كلام الأصحاب خلافه ؛ ولهـٰذا نقله ابن يونس عن بعض المتأخرين ، وقال في « الكفاية » : إنه يلائم كلاماً ذكره الشيخ أبو حامد في نظير المسألة ، وطريق الإطلاق يلائم كلام أبي الطيب ، ومن جهة المعنىٰ ؛ بأنه قد لا يكون في تعيين الحنث في الزوجة تهمة ؛ فقد ترثه هي بأن يكون الطلاق رجعياً ويتأخر موتها ، وقد لا يكون بينهما توارث لرق أو اختلاف دين ، وقد يكون الطلاق بائناً أو رجعياً ولكن مات الزوج بعد انقضاء العدة ، وقد يزيد الإرث علىٰ قيمة العبد ، وقد يكون في تعيين الحنث في العبد تهمة فيما إذا قتله قاتل وهو وارثه وكانت ديته زائدة علىٰ قيمته وعلىٰ حصتها من الإرث ، وقد لا ترث المرأة من الزوج ؛ بأن يطلقها بعد ذلك طلاقاً بائناً ، قال : ويبقى النظر في أنا نقبله مطلقاً كما أطلقه الأصحاب أو نرده مع

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/ ٣١٣) .
(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ٧٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٨١) ، و« المنهاج » (ص ٤٢١) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٥٥) .
(٥) انظر « الروضة » (٨/ ١١٢) .

التهمة خاصة ، يتجه تخريجه علىٰ إقرار الخنثىٰ بالذكورة أو الأنوثة في محل التهمة ، وفيه اضطراب .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ليس ما قاله السرخسي متعيناً ؛ فإن القرعة داخلة وللعبيد بها حق في العتق وللميت حق في رقه إذا كان عليه دين ليوفىٰ منه دينه . . فلا يقبل قول الوارث والحال ما ذكر ، فإن لم يكن هناك ما يمنع من ذلك . . تعين ما قال السرخسي وغيره .

٤٠٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٢] : (**وإن خرج على الزوجة . . لم تطلق ويملك التصرف في العبد ، وقيل : لا يملك**) **صحح** « المنهاج » الثاني فقال [ص ٤٢١] : (**والأصح : أنه لا يرق**) وقال شيخنا الإمام البلقيني : نص الشافعي صريح في أنه يرق . انتهىٰ .

واستثنىٰ في « المطلب » من ذلك : الزوجة فقال : لا تستحق شيئاً من العبد بحال ، وعلى القول : بأنه لا يرق . . يبقى الإبهام كما كان ، وقال ابن أبي هريرة : لا نزال نعيد القرعة حتىٰ تخرج على العبد ، قال الإمام : وهو غلط[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : لم يقل ابن أبي هريرة ذلك ، وإنما الذي ظهر لي بمقتضىٰ ما وجدته أنه تعاد القرعة بين العبد والوارث ، وفي « المهمات » : أن في تعليقه الذي علقه عنه أبو علي الطبري : الجزم بالمشهور المعروف .

فصل

[في الطلاق السني والبدعي]

٤٠٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٢] : (**الطلاق : سنيٌّ وبدعيٌّ**) يقتضي انقسامه إلىٰ قسمين فقط : سني ؛ وهو ما لا يحرم ، وبدعي ؛ وهو ما يحرم ، وهو أحد الاصطلاحين ، والاصطلاح الثاني : انقسامه ثلاثة أقسام : سني وبدعي وغيرهما ، وعليه مشى « التنبيه » فقال [ص ١٧٤] : (**ويقع الطلاق علىٰ ثلاثة أوجه : طلاق السنة ، وطلاق البدعة**) فذكرهما ثم قال : (**وطلاق لا سنة فيه ولا بدعة ، وهو طلاق الصغيرة والآيسة والتي قد استبان حملها وغير المدخول بها**) وقيد ابن الرفعة قوله : (**والتي استبان حملها**) فقال : أي : منه ؛ ليحترز به عما إذا كان الحمل من غيره ؛ بأن نكح حاملاً من الزنا ووطئها وطلقها ، أو وطئت منكوحته بشبهة وحبلت منه ثم طلقها زوجها وهي طاهر . . فإنه يكون بدعياً ؛ لأن العدة تقع بعد وضع الحمل والنقاء من النفاس ، فلا تشرع عقب الطلاق في العدة .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٢٦٧) .

وسلم « الحاوي » من ذلك بقوله [ص ٥١٣] : (**ولمن لا تعتد الطهر والفسخ لا ، ولا**) أي : لا سني ولا بدعي ، وهـٰذه تعتد بالطهر ، وانقسامه ثلاثة أقسام هو الذي قال الرافعي : **إنه المشهور المستعمل** ، قال : وربما أفهم كلامهم أنهم يعنون بذلك : أنهن لا يجتمع لهن حالتا سنة وبدعة ، بل لا يكون طلاقهن إلا سنياً ، وهـٰذا يستمر علىٰ تفسير السني بالجائز ، والبدعي بالمحرم[١] .

٤٠٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٢] : (**ويحرم البدعي ، وهو ضربان**) أهمل للبدعي ضرباً ثالثاً ، وهو : ما لو كان له زوجتان وقسم لإحداهما ثم طلق الأخرىٰ قبل المبيت عندها . . فإنه يأثم كما حكاه الرافعي في (القسم) عن المتولي ، وقال : وهـٰذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً[٢] ، زاد في « الروضة » هناك : هـٰذا النقل غير مختص بالمتولي ، بل مشهور حتىٰ في « التنبيه »[٣] ، وكرر في « الروضة » ذكره هنا منبهاً علىٰ أنه سبب آخر لتحريم الطلاق[٤] ، وهـٰذا وارد على « الحاوي » وعلى « التنبيه » أيضاً ، وإن كان قد ذكره في بابه كما تقدم .

٤٠٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٤] : (**وهو أن يطلقها في الحيض من غير عوض ، أو في طهر جامعها فيه من غير عوض**) فيه أمور :

أحدها : لو قيد بأن تكون ممسوسة كما فعل « المنهاج »[٥] . . لكان أولىٰ ، وإن كان قد ذكر بعد ذلك هو و« الحاوي » أن طلاق غير المدخول بها لا سنة فيه ولا بدعة[٦] .

ثانيها : يستثنىٰ من الطلاق في الحيض : ما لو قال : (أنت طالق مع آخر حيضك) . . فإنه سني ، ولو قال : (مع آخر طهرك) . . فهو بدعي **على الأصح** فيهما ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٧] ، ولو أتىٰ بـ (في) بدل (مع) . . فهي كـ (مع) عند الجمهور ، وقال المتولي : في آخر الحيض بدعي قطعاً ، وفي آخر الطهر سني قطعاً ؛ ولعدم الفرق في ذلك بين (مع) و(في) قال « الحاوي » [ص ٥١٢] : (**وآخر الطهر لا الحيض**) .

ثالثها : أن العوض إنما يخرج الطلاق عن كونه بدعياً إذا كان من الزوجة ، فإن كان من أجنبي . . فلا ، بل هو بدعي **في الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج » ، وأشار إليه « الحاوي » بقوله [ص ٥١٢ ، ٥١٣] : (**لا اختلاعها**) .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٤٨٩) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٨/٣٧٨) .
(٣) الروضة (٧/٣٦١) .
(٤) الروضة (٨/٩) .
(٥) المنهاج (ص ٤٢٢) .
(٦) التنبيه (ص ١٧٤) ، الحاوي (ص ٥١٣) .
(٧) الحاوي (ص ٥١٢) ، المنهاج (ص ٤٢٢) .

رابعها : أنه لو لم يجامعها فيه ولكن استدخلت ماءه فيه.. فهو بدعي **في الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي »[1] ، وهو وارد على « المنهاج » أيضاً .

خامسها : أنه لو لم يطأها في ذلك الطهر ، ولكن وطئها في حيض قبله.. فهو بدعي **في الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي »[2] ، وعبر « المنهاج » عنه بقوله [ص ٤٢٢] : (**فلو وطيء حائضاً وطهرت فطلقها.. فبدعي في الأصح**) والمراد : أنه طلقها قبل أن يطأها ، وقد دل ذلك علىٰ تعبيره بالفاء .

سادسها : في معنى الحيض في ذلك : النفاس ، وقد ذكره « الحاوي »[3] ، وأهمله « المنهاج » أيضاً .

سابعها : لو طولب المُولي بالطلاق فطلق.. قال الإمام والغزالي وغيرهما : ليس بحرام ؛ لأنها طالبة راضية[4] ، قال الرافعي بعد حكايته : ويمكن أن يقال : بتحريمه ؛ لأنه أحوجها بالإيذاء إلى الطلب ، وهو غير مُلجأ ؛ لتمكنه من الفيئة ـ أي : باللسان ـ فلو طلق الحاكم عليه إذا قلنا به.. فلا شك في عدم تحريمه .

ولو رأى الحكمان الطلاق في الشقاق فطلقا في الحيض.. ففي « شرح مختصر الجويني » : أنه لا يحرم[5] .

ويرد ذلك على الثلاثة ؛ لعدم ذكرهم لها ، ثم إن الرافعي عدها من قسم طلاق السنة ، وذكرها في « الكفاية » من القسم الثالث الذي لا سنة فيه ولا بدعة عند من أثبته ، وقد يقال : خرج طلاق القاضي في الإيلاء والحكمين في الشقاق بقوله : (**أن يطلقها**)[6] .

٤٠٣٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٣] : (**والنظر بالوقوع**) أي : والنظر في الطلاق المعلق إلىٰ حال وقوعه بوجود الصفة لا إلى التعليق ، فلا بدعة في تعليقه ولو في الحيض بنحو الدخول ، فإن وجدت الصفة وهي حائض.. كان بدعياً .

ظاهره : كونه بدعياً في جميع الأمور حتىٰ في الإثم ؛ لذكره ذلك عقب قوله : (**بدعي حرام**) لكن قال النووي : معنىٰ كونه بدعياً : أنه يسمىٰ بدعياً ، وترتب عليه أحكام البدعي إلا أنه لا إثم فيه

---

(١) الحاوي (ص ٥١٢) .

(٢) الحاوي (ص ٥١٢) .

(٣) الحاوي (ص ٥١٢) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ١١) ، و« الوسيط » (٥/ ٣٦٢ ، ٣٦٣) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/ ٤٨٣) .

(٦) التنبيه (ص ١٧٤) .

باتفاق الأصحاب في كل الطرق ، إلا ما حكىٰ عن القفال ؛ أي : من قوله : إن تعليق الطلاق بدعي . انتهىٰ[1] .

وكلام الرافعي يوافقه ؛ فإنه قال : ويمكن أن يقال : إذا تعلقت الصفة باختياره . . أثم بإيقاعه في حالة الحيض . انتهىٰ[2] .

وذلك يقتضي اختصاص الإثم بهـٰذه الصورة علىٰ طريق البحث لا النقل .

٤٠٣٧ـ قولهم : (**ومن طلق بدعياً . . سُنَّ له الرجعة**)[3] لا يفهم منه أن تركها مكروه ، وبه صرح الإمام فقال : مع استحبابها لا تقول : تركها مكروه[4] ، وقال النووي : في هـٰذا نظر ، وينبغي أن يقال : تركها مكروه ؛ للحديث الصحيح الوارد فيها ولدفع الإيذاء[5] ، زاد « المنهاج » [ص ٤٢٢] : (**ثم إن شاء . . طلق بعد طهر**) ، وتعليق ذلك بالمشيئة من زيادة « المنهاج » ؛ لأن عبارة « المحرر » قد تفهم استحباب هـٰذا الطلاق[6] ، وكأنه أهمل ذلك ؛ لوضوحه ، ثم مقتضىٰ كلامه : أنه إذا طلق في الحيض وراجع . . له طلاقها في الطهر التالي لتلك الحيضة ، وفيه وجهان حكاهما الرافعي ، وقال : **أصحهما** : المنع ، وبه قطع المتولي ؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما ، ثم قال الرافعي : وكأن الوجهين في أنه هل يتأدىٰ به الاستحباب بتمامه ، فأما أصل الإباحة والاستحباب : فينبغي أن يحصل بلا خلاف ؛ لاندفاع ضرر تطويل العدة[7] .

قال النووي : صرح الإمام وغيره بأن الوجهين في الاستحباب ، قال الإمام : قال الجمهور : يستحب ألاَّ يطلقها فيه ، وقال بعضهم : لا بأس به ، وأما قول الغزالي في « الوسيط » : هل يجوز أن يطلق في هـٰذا الطهر ؟ فيه وجهان ، ففاسد أو مؤول ، فلا يغتر بظاهره . انتهىٰ[8] .

وعبارة « البسيط » لا تقبل التأويل ؛ فإنه قال : أحدهما : يجوز ، والثاني : يحرم ، وكذا قال في « الذخائر » : هل يحرم ؟

وقال شيخنا ابن النقيب : إن تعبير « المحرر » بقوله : (بعد الطهر) بالتعريف يفهم أن المنع يزول بالشروع في الطهر ، وأن « المنهاج » خلص منه فيما يظهر بتنكير الطهر[9] .

---

(١) انظر « الروضة » (٦/٨) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٤٨٧/٨) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٧٤) ، و« الحاوي » (ص ٥١٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٢٢) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٣/١٤) .
(٥) انظر « الروضة » (٥/٨) .
(٦) المحرر (ص ٣٣٦) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٤٨٥/٨) .
(٨) الروضة (٤/٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/١٤ ، ١٦) ، و« الوسيط » (٣٦٣/٥) .
(٩) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٣٧٤/٦ ، ٣٧٥) .

وعبارة « الحاوي » [ص ٥١٣] : (**وندبت الرجعة إلى الطهر**) وحمله شراحه على أن معناه : أنه بالطهر يزول تحريم الطلاق كعبارة « المنهاج » ، وقال القونوي بعد حكايته بحث الرافعي المتقدم : فعلى هذا لا إشكال في قول « الحاوي » : (**ونُدبت الرجعة إلى الطهر**) لأن أصل الندب يحصل بذلك ، وإنما كماله في انتظار الطهر الثاني . انتهى .

والذي يقتضيه لفظه : أن استحباب الرجعة ينقطع بالطهر ، وبه صرح الماوردي فقال : محل استحباب الرجعة وإن أطلقها الشافعي : إن طلقت حائضاً تلك الحيضة ، فإذا طهرت منها . . سقط الاستحباب ؛ لأنها صارت في طهر لا يحرم فيه طلاقها ، وإن طلقت طاهراً بعد جماع بقية الطهر والحيضة بعده ، ويسقط الاستحباب في الطهر الثاني . انتهى[1] .

وأما إباحة الطلاق في الطهر الثاني لتلك الحيضة . . فليس في عبارته ما يدل عليه .

٤٠٣٨ـ قول « التنبيه » في طلاق السنة [ص ١٧٤] : (**هو أن يطلقها في طهر لم يواقعها فيه**) يرد عليه : ما إذا وطئها في حيض قبله ، أو قال لها : (أنت طالق في آخر طهرك) ، أو استدخلت ماءه . . فإن ذلك كله بدعي **على الأصح** كما تقدم ، مع أنه طهر لم يواقعها فيه .

٤٠٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٢] : (**فيما لو قال لحائض : « أنت طالق للسنة » . . فحين تطهر**) محله : ما إذا لم يطأها في ذلك الحيض كما تقدم .

٤٠٤٠ـ قوله ـ والعبارة له ـ « والحاوي » : (**ولو قال : « أنت طالق طلقة حسنة أو أحسن الطلاق أو أجمله » . . فللسنة**)[2] قال في « التنبيه » [ص ١٧٧] : (**إلا أن ينوي ما فيه تغليظ عليه**) أي : بأن يكون في حال البدعة فينوي الوقوع في الحال ؛ لأن طلاقها حسن جميل لسوء خلق ونحوه .

٤٠٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥١٣] : (**أو أقبح الطلاق أو أفحشه . . فللبدعة**) قال في « التنبيه » [ص ١٧٧] : (**إلا أن ينوي ما فيه تغليظ عليه**) أي : بأن يكون في حال سنة وينوي الوقوع في الحال ؛ لأن طلاقها قبيح لحسن خلق ونحوه ، وقول « التنبيه » [ص ١٧٧] : (**أسمج الطلاق وأقبحه**) لو عبر بـ (أو) . . لكان أولى ؛ ليستقل كل ذلك بإفادة المقصود ؛ لأن الأسمج هو : الأقبح .

٤٠٤٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٤] : (**ولا تقبل إرادة التفريق على الأقراء في ثلاثٍ وثلاثٍ للسُّنَّة**) قال في « المنهاج » [ص ٤٢٣] : (**إلا ممن يعتقد تحريم الجمع**)[3] ونقله الرافعي عن

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ١٢٤) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٥١٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٢٢) .

(٣) أي : جمع الطلقات الثلاث في قرء واحد كالمالكي . انظر « مغني المحتاج » (٣/ ٣١٢)، و« نهاية المحتاج » (٧/ ٩) .

« التتمة » وأقره في ثلاث للسنة ، وأطلق في ثلاث عدم القبول[1] .

٤٠٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٧] : (**وإن قال : « نسائي طوالق » واستثنىٰ بعضهن بالنية . . لم يقبل في الحكم ، وقيل : يقبل**) **الأصح** : القبول فيما إذا دلت علىٰ ذلك قرينة ؛ بأن خاصمته واحدة منهن وقالت : (تزوجت عليّ) فقال : (كل امرأة لي طالق) ، وقال : (أردت غيرها) ، وقد صرح بذلك « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

٤٠٤٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٤] : (**أو في مطلق التعليق شهراً**) أي : إذا قال لها : (إن كلمت زيداً . . فأنت طالق) ، ثم قال : (أردت التكليم شهراً) . . قُبل ، هو **المنصوص** ، لكن فسره الغزالي بالقبول باطناً[3] ، وجزم به في « الشرح الصغير » ، وفي « الروضة » وأصلها في غير موضع ، وظاهر « الحاوي » تبعاً لـ« الوجيز » القبول ظاهراً ، **وصوبه** النووي في موضع من « الروضة »[4] ، وهو مشكل حيث لا قرينة .

فصل
[في أنواع من تعليق الطلاق]

٤٠٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٧] : (**من صح منه الطلاق . . صح أن يعلق الطلاق علىٰ شرط**) أورد عليه : الوكيل ؛ فإنه يصح منه التنجيز ولا يصح منه التعليق ولو وكل فيه **على الصحيح** ؛ ولهـٰذا قيده في « الكفاية » بأن يكون بطريق الاستقلال .

وأجيب عنه : بأن التعليق من قبيل الأيمان ، وقد سبق المنع في (الوكالة) .

٤٠٤٦ـ وقوله : (**ومن لم يصح منه الطلاق . . لم يصح أن يعلق الطلاق علىٰ شرط**)[5] أورد عليه : العبد لا يصح أن يطلق ثالثة ، ولو علقها علىٰ إعتاق السيد له . . صح **في الأصح** .

٤٠٤٧ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**قال : « أنت طالق في شهر كذا » . . وقع بأول جزءٍ منه**)[6] قال الرافعي : لم يذكروا هنا خلافاً أخذاً مما سبق في (السلم) مع اتجاه التسوية[7] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٨/٥٠١) .

(٢) الحاوي (ص ٥١٤) ، المنهاج (ص ٤٢٣) .

(٣) انظر « الوجيز » (٢/٥٩) .

(٤) الروضة (٨/١٩) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٧٧) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٧٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٠٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٢٣) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٩/٦١) .

قلت : سبق في (السلم) وجه **هو الأصح** هناك فيما إذا أجل بشهر كذا . . أنه يبطل ؛ وعلل بجهالة المحل .

قال شيخنا ابن النقيب : ولا اتجاه له هنا ؛ لصدق الصفة بالأول[1] .

قلت : إذا صدقت الصفة بالأول . . فينبغي الصحة في السلم كتعليق الطلاق ، وقد **صُحح** في (السلم) : أنه لو أقَّت بجمادىٰ أو بالعيد . . صح ، وحمل على الأول .

٤٠٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**وإن قال : « أنت طالق في أول آخر رمضان » . . فقد قيل : تطلق في أول ليلة السادس عشر ، وقيل : أول اليوم الأخير**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي »[2] ، ولو قال : (في آخر أوله) . . طلقت في آخر اليوم الأول **على الأصح** ، وقد ذكره « الحاوي »[3] ، ولو قال : (آخر أول آخر الشهر) . . طلقت عند غروب الشمس في اليوم الأخير **على الأصح** ، ولو قال : (أول آخر أول الشهر) . . طلقت عند استهلال الشهر .

٤٠٤٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٠] : (**وليلة القدر . . بمضي ليالي العشر الأخير**) محمول علىٰ ما إذا قاله قبل مضي شيء من لياليه ، فإن قاله بعد مضي بعضها ولو ليلة . . لم تطلق إلا بمضي سنة ، نبه عليه في « الروضة » في (الاعتكاف)[4] ، وصاحب « التعليقة » والبارزي هنا .

٤٠٥٠ـ قوله : (**وثلاثاً كلَّ سنةٍ أو كلَّ يومٍ واحدةً . . واحدةٌ حالاً وأخرىٰ أول المحرم إن عنى العربية ، وصبيحة الغد**)[5] لا يخفىٰ أن ذلك فيما إذا كانت مدخولاً بها وراجعها بعد الطلاق ، أو امتد زمن العدة إلىٰ وقت وقوع الطلقة الأخيرة .

٤٠٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٣] و« الحاوي » [ص ٥٠٠] : (**فيما لو قال نهاراً : « إذا مضىٰ يوم » . . ففي مثل وقته من غده**) قال الرافعي : كذا أطلقوه ، وفيه تلفيق اليوم من البعضين المفرقين ، وقد سبق في (الاعتكاف) أنه لو نذر أن يعتكف يوماً . . لم يجز تفريق ساعاته **في أصح الوجهين** . انتهىٰ[6] .

والفرق بينهما : أن اليوم المنذور اعتكافه ليس محمولاً على الزمان المتصل بالنذر ، بل يجوز تأخيره عنه ، بخلاف التعليق ؛ فهو محمول عند الإطلاق على الزمان المتصل به بلا خلاف ؛ فلو قال في الاعتكاف : يوماً من هـٰذا الوقت . . ساوى التعليق ، وجاز تفريق ساعاته بلا خلاف .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٣٨٢) .
(٢) الحاوي (ص ٥٠٠) .
(٣) الحاوي (ص ٥٠٠) .
(٤) الروضة (٢/٣٩٠) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٩/٦٣) .

وقد حكىٰ صاحب « المطلب » : الاتفاق على المسألة المتقدمة ، ثم قال : واتفقوا علىٰ أنه لو قال : (أنت طالق في كل يوم طلقة) . . أنها تطلق في الحال طلقة ، وفي ابتداء اليوم الثاني أخرىٰ ، وكذا في ابتداء اليوم الثالث ، قال : وقياس تنزيل اليوم المنكر علىٰ يوم كامل بالتلفيق ألاَّ تطلق الثانية ، وكذا الثالثة حتىٰ يمضي من اليوم الثاني والثالث ما تكمل به ساعات اليوم الأول والثاني . انتهىٰ .

وهو عجيب ؛ لأنه في مسألتنا علق علىٰ مضي اليوم . . فلا بد من كماله ، وفي مسألته علق على اليوم وهو صادق بأوله . . فلا تشابه بينهما .

٤٠٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٣] : (**أو « اليوم » فإن قاله نهاراً . . فبغروب شمسه ، وإلا . . لغا**) هو بالرفع ؛ أي : إذا مضى اليوم ، وفي « التتمة » فيما إذا قاله ليلاً . . أنه يقع الطلاق ؛ لأنه ليس في يوم حتىٰ يحمل الألف واللام عليه ؛ لكونه معهوداً فحمل على الجنس ، ولا يمكن بقاؤهما حتىٰ ينقضي جنس أيام الدنيا ؛ فهي صفة مستحيلة . انتهىٰ .

وهو علىٰ طريقته في وقوع الطلاق عند تعليقه علىٰ صفة مستحيلة ، لكن **الأصح** : خلافه ، أما إذا قال : (أنت طالق اليوم) بالنصب . . فإنها تطلق في الحال ليلاً كان أو نهاراً ؛ لأنه أوقعه وسمى الزمان بغير اسمه ، فلغت التسمية ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن المتولي[1] ، وصور القاضي حسين في « تعليقه » المسألة بـ (أنت طالق هـٰذا اليوم) ، وحكىٰ فيها وجهين ، **أصحهما** : الوقوع ؛ تغليباً للإشارة ، ومقتضاه : أنه لو خلا عن الإشارة . . لم يقع .

٤٠٥٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**فيما إذا كان التعليق في أثناء شهر . . اعتبر بالعدد**) وهو مفهوم من كلام « المنهاج » و« الحاوي »[2] .

محله : في غير اليوم الأخير ، فإن كان فيه وحصل بعده شهر هلالي . . **فالصواب** الذي قاله صاحب « التتمة » وغيره : أنه يكفي ، كما ذكره الرافعي في (السلم)[3] .

٤٠٥٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٣] : (**أو قال : « أنت طالق أمس » وقصد أن يقع في الحال مستنداً إليه . . وقع في الحال**) كذا لو قصد إيقاعه أمس ، أو قال : (لم أرد شيئاً) أو جن ، أو خرس ولا إشارة له مفهمة قبل التفسير ، وقد تناول جميع هـٰذه الصور قول « الحاوي » [ص ٥٠٣ ، ٥٠٤] : (**وبالأمس . . حالاً**) ، وقول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**وإن قال : « أنت طالق أمس » . . طلقت في الحال**) .

---

(١) الروضة (٨/١١٩) .

(٢) الحاوي (ص ٥٠٠) ، المنهاج (ص ٤٢٣) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٤/٣٩٩ ، ٤٠٠) .

٤٠٥٥ـ قول « المنهاج » في المسألة [ص ٤٢٣] : (**أو قال : « طلقتك في نكاح آخر » فإن عُرِف . . صُدِّق بيمينه ، وإلا . . فلا**) كذا الحكم فيما لو قال : أردت أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » قبل كلامه المتقدم [ص ٥٠١] : (**وفي الماضي ، وبائنة ، ومن غيرِ بينةٍ**) ففرق أحوال المسألة في موضعين ، وعبر في الموضع الأول بالماضي ، وفي الموضع الثاني بالأمس ، فلا يقال : إن في كلامه تكراراً ، ولا تناقضاً ، ولو جمع أحوال المسألة . . لكان أولىٰ ، وهٰذا الذي في « المنهاج » و« الحاوي » هو الذي في « المحرر » و« الشرح الصغير »[١] ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها : أنه إن لم يعرف ذلك وكان محتملاً . . فينبغي أن يقبل ، ولا تطلق وإن كان كاذباً ، ألا ترىٰ أنه لو ابتدأ فقال : طلقك في الشهر الماضي زوج غيري . . لا يحكم بوقوع الطلاق وإن كذب . انتهىٰ[٢] .

وهٰذا البحث هو للإمام ، وقد حكاه عنه في « الشرح الصغير » ، والذي حكاه الإمام عن الأصحاب هو الذي في « المحرر » و« الحاوي » ، وهو عدم القبول ، ثم قال : وفي القلب منه شيء ، فذكر هٰذا البحث[٣] .

وصرح بعدم القبول أيضاً القاضي حسين والبغوي والمتولي والروياني وغيرهم[٤] ، فالعجب من الرافعي في « الشرح الكبير » في اقتصاره علىٰ بحث الإمام ، وجعله لنفسه ، وتركه المنقول عن الأصحاب الذي جزم به هو في « المحرر » ، ومتابعة « الروضة » له علىٰ ذلك[٥] .

٤٠٥٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٣] : (**وإن أحييتِ ميتاً ، لا إن صعدتِ السماء**) أي : يقع الطلاق حالاً في تعليقه بصفة مستحيلة عقلاً ؛ كقوله : (إن أحييت ميتاً) لا في المستحيلة عرفاً ؛ كقوله : (**إن صعدت السماء**) تبع فيه المتولي ، لكن الذي **صححه** الإمام وجماعة : أنه لا يقع فيهما[٦] ، وعبارة « أصل الروضة » : **أصحها** : لا يقع ؛ أما في العرفي : **فباتفاق الأصحاب وهو المنصوص** ، وأما في العقلي : فعند الإمام وجماعة خلافاً للمتولي ، ثم قال : والمستحيل شرعاً كالمستحيل عقلاً ؛ كقوله : (إن نسخ صوم رمضان) ، **وصحح** الرافعي في (الأيمان) فيما لو حلف لا يصعد السماء . . أن يمينه لا ينعقد ، فيطرد هنا .

٤٠٥٧ـ قول « المنهاج » في أدوات التعليق [ص ٤٢٤] : (**ولا يقتضين فوراً إن علق بإثبات في غير**

---

(١) المحرر (ص ٣٣٧) .
(٢) الروضة (٨/١٢١) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٤/١١٩) .
(٤) انظر « التهذيب » (٦/٤٨) ، و« بحر المذهب » (١٠/٩٤) .
(٥) فتح العزيز (٩/٦٧) ، الروضة (٨/١٢١) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٤/١١٧ ، ١١٨) .

خلع إلا « أنت طالق إن شئت ») يقتضي أنها في الخلع تقتضي الفور ، ومراده : ما قدمه في (الخلع) ، وهو : أن بعض الصيغ تقتضيه ، وهي : (إنْ) ، و(إذا) ، أما (متىٰ) ، و(متىٰ ما) ، و(أي) . . فلا تقتضيه ، وقوله : (**إلا « أنت طالق إن شئت »**) كذا (إذا شئت) ، بخلاف (متىٰ شئت) ، وستأتي المسألة .

٤٠٥٨ـ قوله : (**فلو قال : « إذا طلقتك . . فأنت طالق » ثم طلق ، أو علق بصفة فَوُجدت . . فطلقتان**)[1] محله : في المدخول بها ، وقد دل عليه قوله بعده : (**أو « كلما وقع طلاقي » فطلق . . فثلاث في ممسوسة وفي غيرها طلقة**) لكن لو قيد الأولىٰ ؛ ليفهم منه القيد في الثانية . . لكان أحسن ، وقد فعل ذلك « التنبيه » ، وأحسن منهما تعبير « المحرر » فإنه قال بعد ذكر الصورتين : (وذلك في ممسوسة) ، وصرح « الحاوي » فيهما بهـٰذا القيد ، وبألاَّ يكون الطلاق خلعاً ، فقال : (**و « إن طلقت » ، أو « كلما » فطلق . . ثنتان ، وقبل الوطء ، وفي الخلع . . واحدةٌ**)[2] .

٤٠٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٨ ، ١٧٩] : (**وإن كان له عبيد ونساء فقال : « كلما طلقت امرأة . . فعبد من عبيدي حر ، وإن طلقت امرأتين . . فعبدان حران ، وإن طلقت ثلاثاً . . فثلاثة أعبد أحرار ، وإن طلقت أربعاً . . فأربعة أعبد أحرار » فطلق أربع نسوة . . عتق خمسة عشر عبداً علىٰ ظاهر النص ، وقيل** : عشرة ، **وقيل** : سبعة عشر) **الأصح في** هـٰذه الصورة : أنه يعتق ثلاثة عشر عبداً فقط ، وليس فيها وجه : يعتق سبعة عشر ، ولا خمسة عشر ، فذكرهما وهمٌ .

نعم ؛ في بعض نسخ « التنبيه » التعبير بـ(كلما) في التعليقات الأربعة ، كما حكاه الشيخ برهان الدين بن الفركاح ، وحينئذ . . فنقل الأوجه فيها صحيح ، **والأصح** فيها : ما قال : إنه ظاهر **النص** ، وهو عتق خمسة عشر ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٢٤] : (**إنه الصحيح**) ، وقال في « المهمات » : إن اشتراط (كلما) في التعليقات الأربعة قاله الأصحاب وتبعهم الرافعي والنووي ، وهو غلط ، **والصواب** : اشتراطه في الأول والثاني خاصة ؛ لأن الثلاثة والأربعة لا يتصور فيهما التكرار[3] .

وذكر شيخنا ابن النقيب : أنه لو أتىٰ بـ(كلما) في غير الأخيرة . . كان كما لو أتىٰ بها في الكل ؛ فإنه لا أثر لها في الأخيرة ، وأنه لو أتىٰ بها في الأولىٰ والثانية فقط . . ففيها ثلاثة أوجه : عتق خمسة عشر وهو **الأصح** ، وسبعة عشر ، وعشرة .

أو في الأولىٰ والثالثة فقط . . فكذكرها في الأولىٰ فقط بزيادة ستة عشر ، أوبها في الثالثة فقط . .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٤) .
(٢) الحاوي (ص ٥٠١) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٨٠) ، و« الروضة » (٨/ ١٣٣) .

فعشرة ، وقيل : ثلاثة عشر ، أو بها في الثانية فقط . . فاثنا عشر ، وقيل : أربعة عشر ، وقيل : عشرة ، أو في الثانية والثالثة . . فكما في الثانية فقط بزيادة سبعة عشر .

قال الرافعي : واعلم أن العبيد المحكوم بعتقهم في المسألة مبهمون ، والرجوع في التعيين إليه ، قال شيخنا ابن النقيب : أي : يجب تعيين ما يعتق بالواحدة وبالثنتين وبالثلاث وبالأربع ؛ فإن فائدة ذلك تظهر في الأكساب إذا طلق مرتباً لا سيما مع التباعد ، ولم أر من نبه عليه ، وهو واضح . انتهى[1] .

وقال في « المطلب » : في كلام الرافعي هذا إذا كان يملك أكثر من العبيد الذين قيل : يعتقهم ، فإن لم يملك أكثر من ذلك العدد . . فلا إبهام إن طلقهن دفعة مطلقاً ، ولا إبهام إن طلقهن على الترتيب في آخر الأمر .

نعم ؛ هو في أول الأمر ثم يزول بتكميل التطليق . انتهى .

ويرد عليه ما قدمته عن ابن النقيب ، ولا يخفى أن قول « المنهاج » [ص ٤٢٤] : (**إن طلقت واحدة**) أي : من نسائي ، وقوله : (**فعبد حر**) أي : من عبيدي ، ولا بد من التصريح بذلك ، وكذا هو في « المحرر »[2] ، وأهمله « المنهاج » لوضوحه .

٤٠٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**وإن قال : « إن لم أطلقك . . فأنت طالق »** . . **فالمنصوص : أنها لا تطلق إلا في آخر العمر**) أي : عمر الزوج أو الزوجة ، فمن مات منهما أولاً . . حكم بالطلاق قبيل موته ، ومحل ذلك : إذا لم يطرأ عليه ما يمنع نفوذ طلاقه ، فإن جن . . لم يحكم بالطلاق في الحال ، فإن اتصل بالموت . . تبين طلاقها قبيل الجنون ، وكذا يحصل اليأس في الطلاق بالفسخ والانفساخ إذا كان المعلق رجعياً ؛ لتمكن الفسخ بعده ، فيقع قبله إذا مات ولم يحصل تجديد وطلاق بعده ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٠١] : (**وإن لم أطلق . . قبيل الموت والجنون إن مات فيه ، والفسخ إن كان رجعياً ، ومات بلا تجديد بطلاق**) ، وذكره « المنهاج » مجملاً فقال [ص ٤٢٤] : (**وقع عند اليأس**) ، وقد عرفت أن لليأس أسباباً .

٤٠٦١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٢] : (**و إذا لم أطلق . . بعد لحظة**) لو عبر كـ « التنبيه » بقوله [ص ١٧٩] : (**إذا مضى زمن يمكنه أن يطلق ، فلم يطلق**) أو كـ « المنهاج » بقوله [ص ٤٢٤] : (**فعند مضي زمن يمكن فيه ذلك الفعل**) . . لكان أولى ؛ لأنه : لا يلزم من مضي لحظة إمكان المحلوف عليه ، وقد أحسن « المنهاج » في التعبير بقوله [ص ٤٢٤] : (**ولو علق بنفي فعل . . فالمذهب : أنه**

---

(١) السراج على نكت المنهاج (٦/٣٩٢ : ٣٩٤) ، وانظر « فتح العزيز » (٩/٨١) .

(٢) المحرر (ص ٣٣٨) .

إن علق بـ « إن » كـ « إن لم تدخلي » . . وقع عند اليأس من الدخول ، أو بغيرها . . فعند مضي زمن يمكن فيه ذلك الفعل) من وجهين :

أحدهما : إتيانه بقاعدة عامة ، وهي التعليق بنفي فعل ، ولم يقتصر علىٰ مثال مخصوص ، وهو الطلاق .

ثانيهما : تصريحه بأن غير (إن) من الأدوات يخالفها في ذلك ، ومع ذلك فاعترض عليه : بأنه لا يحسن تسويته بين (إذا) وغيرها من الصيغ ؛ لشهرة الخلاف فيها وغرابته في غيرها ، ولذلك جزم « التنبيه » باعتبار الفور في أي وقت ، ثم ذكر أن المنصوص في (إن) : التراخي ، وفي (إذا) : الفور[1] .

ومما يدخل في عبارة « المنهاج » : ما لو علق بنفي الدخول بـ (إن) ثم أبانها واستمرت البينونة إلى الموت ولم تدخل الدار ، والذي في « الروضة » وأصلها في هاذه الصورة : أنه لا يحكم بوقوع الطلاق قبل البينونة ، بخلاف قوله : (إن لم أطلقك) لعدم إمكان الطلاق بعد البينونة بخلاف غيره[2] ، وفي « المهمات » : أنه غلط ، وأن الصواب : وقوعه قبيل البينونة كغيره ، وحكاه عن « البسيط » ، ومال إليه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : ينحل تعليقه إلىٰ قوله : (إن لم أفعل كذا قبل الموت . . فأنت طالق) في حال العصمة ، فإذا كان الطلاق المعلق رجعياً . . وقع ، والله أعلم .

قلت : ويوافق ما صوبه في « المهمات » من حيث المدرك ما صححوه فيمن حلف ليأكلن هاذا الرغيف غداً ، فتلف في الغد بعد تمكنه من أكله . . من أنه يحنث .

ويرد عليهم جميعاً : أنه لو أراد بـ (إذا) ما يراد بـ (إن) دُيِّنَ ، وكذا يقبل ظاهراً **في الأصح** ، وحيث قيل بالفور فأكره على الامتناع ؛ كإمساكٍ علىٰ فيه ونحوه . . فعلى الخلاف في حنث المكره .

٤٠٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٤] : (**ولو قال : « أنت طالق أن دَخَلْتِ أو أَنْ لم تدخلي » بفتح « أَنْ » . . وقع في الحال**) كذا في « المحرر »[3] ، ومقتضاه : أنه لا فرق في ذلك بين عارف اللغة وغيره ، وكذا **صححه** في « الروضة » وأصلها في التعليق بالمشيئة[4] ، ورجح الرافعي هنا في التعليق بنفي **الفعل** : الحمل على التعليق فيمن لا يعرف اللغة إذا قال : قصدت التعليق ، ورجح النووي: الحمل على التعليق فيمن لا يعرف اللغة مطلقاً، فقال: إنه أصح، وبه قطع الأكثرون[5] .

---

(١) التنبيه (ص ١٧٩) .

(٢) الروضة (٨/١٣٦) .

(٣) المحرر (ص ٣٣٨) .

(٤) فتح العزيز (٩/٣٤) ، الروضة (٨/٩٦) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/٨٥) ، و« الروضة » (٨/١٣٦ ، ١٣٧) .

واستدركه « المنهاج » على « المحرر » فقال : (**إلا في غير نَحْوِيٍّ . . فتعليق في الأصح**)[1] ، وعليه مشى « التنبيه » فقيد الوقوع في الحال[2] و« الحاوي » فقيده بمعرفة اللغة[3] .

٤٠٦٣ـ قوله : (**و « أن طلَّقتُ » . . ثنتان**)[4] محله : فيمن يعرف اللغة ، أما من لا يعرفها . . ففيه ما تقدم قريباً .

٤٠٦٤ـ قوله : (**وإلا أن يدخل زيدٌ الدار ، وعُلم موته قبله**)[5] يقتضي أنه إذا لم يعلم ذلك ، بل شك فيه . . لا تطلق ؛ للشك في الصفة الموجبة للطلاق ، وهو اختيار الإمام[6] .

وقال الرافعي : إنه **أوجه وأقوىٰ** ، والنووي : إنه **الأصح** ، مع اعترافهما بأن الأكثرين على الوقوع[7] ، وصحح النووي : الوقوع في أوائل (الأيمان) وأواخره[8] ، وعليه مشى « الحاوي » في الأيمان فقال [ص ٦٤٧] : (**أو إلا أن يشاء زيد ، فمات أو شك**) وجعله صاحب « التعليقة » من صور عدم الحنث ، وهو مردود لا يساعد عليه لفظه ، وفي « المهمات » : أن الفتوىٰ على الوقوع ؛ فقد نص عليه في « الأم » فقال بعد التصوير بقوله : (والله لأفعلن كذا إلا أن يشاء فلان) : فإن مات فلانٌ أو خرس أو غاب عنَّا مَعْنَىٰ فلانٍ حتىٰ يمضي وقت يمينه . . حنث ؛ لأنه إنما يُخْرِجُهُ من الحِنْث مشيئة فلانٍ[9] .

فَصْلٌ

[في أنواع أخرىٰ من التعاليق]

٤٠٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٤] : (**علق بحمل ؛ فإن كان حملٌ ظاهرٌ . . وقع**) المراد بظهوره : أن تدعيه ويصدقها ، أما لو شهد به أربع نسوة . . ففي « فتاوى القفال » : أنها **لا تطلق** ؛ لأن الطلاق لا يقع بقول النسوة ، وأقره عليه في « الروضة » وأصلها[10] ، ويوافقه ما في الرافعي في

---

(١) المنهاج (ص ٤٢٤) .
(٢) التنبيه (ص ١٨٠) .
(٣) الحاوي (ص ٥٠٣) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٤) .
(٥) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٤) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٢١٥/١٤) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٣٨/٩) ، و« الروضة » (٩٨/٨) .
(٨) انظر « الروضة » (٦/١١ ، ٧٧ ، ٧٨) .
(٩) الأم (٦٢/٧) .
(١٠) الروضة (١٤٩/٩) .

(الشهادات) : أنه لو علق بولادتها فشهد بها أربع نسوة . . لم تطلق[1] ، وإن ثبت النسب ، لكن في « البيان » في الولادة : **مقتضى المذهب** : أنها تطلق[2] .

٤٠٦٦ـ قوله : (**وإلا ؛ فإن ولدت لدون ستة أشهرٍ من التعليق . . بان وقوعه**)[3] وهو داخل في عبارة « الحاوي » أيضاً[4] ، نازع فيه ابن الرفعة ، وقال : إن كمال الولد ونفخ الروح فيه يكون بعد أربعة أشهر كما شهد به الخبر ، فإذا أتت به لخمسة أشهر مثلاً . . احتمل العلوق به بعد اليمين ، قال : والستة أشهر معتبرة لحياة الولد غالباً .

قلت : ليس في الحديث أن نفخ الروح يكون بعد الأربعة تحديداً ، بل لفظه : « ثم يأمر الله الملك ، فينفخ فيه الروح »[5] ، فإتيانه بـ (ثم) دل علىٰ تراخي أمر الله بذلك ، ولا نعرف مدة التراخي ؛ فلما استنبط الفقهاء من القرآن الكريم : أن أقل مدة الحمل : ستة أشهر . . علمنا أنها مدة التراخي ، وأن نفخ الروح عندها ، والله أعلم .

٤٠٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٨] : (**وإن قال : « إن كنت حاملاً . . فأنت طالق » . . حرم وطؤها حتىٰ يستبرئها ، وقيل : يكره**) **الأصح** : الثاني ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٠٤] : (**ولا يحرم الوطء**) ثم محل ذلك : في غير الآيسة ، أما هي . . **فالأصح** : أنه لا حاجة فيها لاستبراء ؛ اكتفاءً بدلالة اليأس .

٤٠٦٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٤] : (**وإن كنت حائلاً . . إن مضت الأقراء**) **الأصح** : اعتبار مضي حيضة لا ثلاثة أقراء ؛ أي : أطهار ، ثم علىٰ ذلك الوجه لا يخفى اعتبار الأشهر بدل الأقراء في التي لا حيض لها ، وأنها إن كانت في سن لا يحتمل الحمل . . وقع الطلاق في الحال .

٤٠٦٩ـ قوله : (**أو مع الوطء لستة أشهر منه**)[6] أي : تطلق أيضاً إن ولدت مع وطئه لها بعد التعليق لستة أشهر فأكثر ولأربع سنين فأقل من الوطء ، كذا **صححه** الرافعي والنووي[7] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي أعتقده رجحان أنها لا تطلق في هـٰذه الصورة ؛ لأنه وإن احتمل حدوثه من الوطء . إلا أنه يحتمل أن تكون حاملاً قبل الوطء ، والأصل بقاء النكاح ، والطلاق لا يقع بالشك .

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٥١) .

(٢) البيان (١٠/ ١٥٦) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٤) .

(٤) الحاوي (ص ٥٠٤) .

(٥) أخرجه البخاري (٣٠٣٦) ، ومسلم (٢٦٤٣) من حديث سيدنا عبد الله بن مسعود رضي الله عنه .

(٦) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٤) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٨٧) ، و« الروضة » (٨/ ١٣٨) .

٤٠٧٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٨] : (**وإن قال : « إن كنت حائلاً . . فأنت طالق » ولم يكن قد استبرأها قبل ذلك . . حرم وطؤها حتىٰ يستبرئها بثلاثة أقراء ، وقيل : بطهر ، وقيل : بحيضة**) **الأصح** : الثالث ، وقال صاحب « المطلب » : **الراجح** ـ وهو الذي اقتصر عليه الماوردي ـ أنه بثلاثة أقراء[١] .

٤٠٧١ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن قال : « إن كنت حاملاً بِذَكَرٍ . . فطلقةً . . . »** إلىٰ آخره)[٢] مقتضىٰ كلامهما وكلام غيرهما : أنها إذا أتت به لدون ستة أشهر ، وكان الحمل حين الحلف علقة أو منياً . . أنه يقع الطلاق مع كون الحمل إذ ذاك لا يوصف بكونه ذكراً أو أنثىٰ ، وإن تخيل في الجواب عنه أن الله تعالىٰ أجرىٰ عليه حكم الذكر والأنثىٰ في قوله : ﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡۖ﴾ . . فاليمين لا تُنَزَّل علىٰ ذلك كما ذكروه في (الأيمان) ، ذكره ابن الرفعة في « المطلب » .

وقد يقال : إنه كان ذكراً أو أنثىٰ من حين وقوع النطفة في الرحم ، وبالتخطيط ظهر ذلك ، والله أعلم .

٤٠٧٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٥] : (**وإن قال : « كلما ولدت » فولدت ثلاثةً من حملٍ . . وقع بالأوَّلين طلقتان وانقضت بالثالث ، ولا يقع به ثالثةٌ على الصحيح**) كان ينبغي أن يقول : (على المشهور أو المذهب) فإنه محكي عن « الأم » وعامة كتبه[٣] ، وهو **المذهب** في « أصل الروضة »[٤] .

٤٠٧٣ـ قوله : (**ولو قال لأربع : « كلما وَلَدَتْ واحدةٌ . . فصواحبها طوالق »**)[٥] كذا في « المحرر » و« الروضة » التعليق بـ (**كلما**)[٦] ، قال شيخنا ابن النقيب : وليس ذلك ؛ لكون (كلما) للتكرار ، فليكن كذلك مع التعليق بـ (إن) ، فلو مثل بها . . لكان أحسن[٧] .

٤٠٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٨] : (**و إن قال لأربع نسوة : « أيتكن وقع عليها طلاقي . . فصواحباتها طوالق » ، ثم قال لإحداهن : « أنت طالق » . . طلقن ثلاثاً ثلاثاً**) شرطه : أن يكن مدخولاً بهن ، وقوله : (**صواحباتها**) لغة قليلة ، **والأفصح** : صواحبها .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ١٤٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٧٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٢٤) .
(٣) الأم (٥/ ٢٢٢) .
(٤) الروضة (٨/ ١٤٢) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٥) .
(٦) المحرر (ص ٣٣٨ ، ٣٣٩) ، الروضة (٨/ ١٤٤) .
(٧) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٤٠٣) .

٤٠٧٥ـ قوله : (**وإن قال : « إن حضت . . فضرتك طالق » فقالت : « حضت » فكذبها . . فالقول قوله ، ولم تطلق الضرة**)[١] قد يفهم اختصاص ذلك بتعليق طلاق الضرة ؛ لاتهامها فيه ، وليس كذلك ، بل لو علق طلاق زوجته علىٰ حيض أجنبية فادعت الأجنبية الحيض . . فالقول قوله في تكذيبها أيضاً ، وكذلك عبر « المنهاج » بقوله [ص ٤٢٥] : (**ولا تُصَدَّق في تعليق غيرها**) .

٤٠٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٧] : (**وإن قال : « إن حضتما حيضة . . فأنتما طالقان » . . لم يتعلق بهما طلاق ، وقيل : إذا حاضتا . . طلقتا**) صحح الرافعي والنووي : أنه يُلغىٰ قوله : (حيضة) ، فإذا ابتدأ بهما الدم . . طلقتا[٢] .

وفي « المهمات » : أنه مخالف للقواعد ؛ فإنا إن نظرنا إلى التقييد بالحيضة ، وأن اشتراكهما فيها محال . . لزم تصحيح عدم الوقوع ، وإن نظرنا إلى المعنىٰ ـ وهو تمام الحيضة من كل واحدة ـ . . لزم توقف الوقوع علىٰ تمامهما ، فالتصحيح الخارج عنهما مشكل .

٤٠٧٧ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٤] : (**وإن حضت . . بأول المستأنف**) أي : ولا يقع الطلاق في الحال فيما إذا كانت حائضاً حين التعليق .

قال الرافعي : إلا أنه سيأتي في (الأيمان) : أن استدامة اللبس والركوب . . لبس وركوب ؛ فليكن الحكم كذلك هنا[٣] .

وفرق شيخنا الإمام البلقيني بينهما ؛ بأن الموجود هنا تعليق مجرد عن الحلف . . فلا يكون الدوام فيه كالابتداء ؛ لأن التعليق يقلب المضي إلى الاستقبال ، والمذكور هناك حلف ، ولو قال : (إن ركبت . . فأنت طالق) . . انحل إلىٰ منعها من الركوب ، ومن حلف لا يركب وهو راكب . . فقد تقرر أنه يحنث ، فالحلف في الطلاق كذلك .

٤٠٧٨ـ قوله : (**وفي كل قرءٍ طلقة في طهر الطفلة والآيسة**)[٤] هو مبني علىٰ أن الطهر : الانتقال ، لا المُحْتَوَشُ بدمين ، وهو مخالف لما صححوه في (العدد) : أن القرء هو المُحْتَوَشُ بدمين[٥] .

٤٠٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**وإن قال : « متىٰ وقع عليك طلاقي . . فأنت طالق قبله ثلاثاً » ثم قال لها : « أنت طالق » . . لم تطلق ، وقيل : تطلق طلقة ، وقيل : تطلق ثلاثاً**) فيه أمور :

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٧٧) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١٠٠) ، و« الروضة » (٨/ ١٥٣) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١٠٠) .
(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٧) .
(٥) انظر « الروضة » (٨/ ٣٦٦) .

أحدها : **الأصح** : الثاني ، وهو وقوع المُنَجَّز فقط ؛ ففي « المحرر » : أنه الأولىٰ ، وفي « الشرحين » : يشبه أن تكون الفتوىٰ به أولىٰ ، **وصححه** النووي في « تصحيح التنبيه »[1] ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، لكن ظاهر كلام « الروضة » ، وأصلها : أن الأكثرين على الأول ، قال : ونقله صاحب « الإفصاح » عن نص الشافعي[3] .

قال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : فإذا كان صاحب مذهبنا قد نص عليه ، وقال به أكثر الأصحاب ـ خصوصاً الشيخ أبو حامد شيخ العراقيين ، والقفال شيخ المراوزة ـ . . كان هو **الصحيح** ، ونقله أيضاً في « النهاية » عن معظم الأصحاب[4] ، وذكر في « المهمات » نحوه ، ونصره السبكي أولاً ، وصنف فيه تصنيفين ، ثم رجع عنه ، ونصر الوجه الثالث ، وهو أنها تطلق ثلاثاً ؛ المنجز ، وطلقتان من المعلق ، إلا أن يفضي إلىٰ أن تكون العدة انقضت بينهما ، ورد علىٰ من قال : إن التعليق باطل ؛ لأنه إذا فسخ نكاحها ، ثم تزوجها غيره ودخل بها ، ثم رجعت إلى الأول بعقد جديد ، ثم طلقها في النكاح الثاني ؛ فإن قلنا : القَبْلِيَّة مضيقة . . تخرّج علىٰ عود الحنث : إن عاد . . دار ، وإلا . . فلا ، ووقع المنجّز ، وإن قلنا : القبلية متسعة . . بان وقوع الثلاث في النكاح الأول ، وبطلان الفسخ ، ونكاح الأجنبي صحيح ؛ لأنها بائن بالثلاث ، ورجوعها إلى الأول صحيح ؛ لحصول التحلل ، ووقوع الثلاث في النكاح الأول ؛ لأن المعلق عليه تطليق غير مقيد به ، والمعلق مقيد بالقبلية ، قال : فقد بان بهـٰذه المسألة أن التعليق ليس محالاً كما ظنه بعضهم ، فإذا نجز واقتضى الحال الدور . . تعارض معنا ما يقتضي إلغاء إما المنجز وإما المعلق ، وإلغاء المعلق أولىٰ ؛ لأنه ناشىء عن تصرفه ، ووقوع المنجز ناشىء عن حكم الشرع ، وهو في نظر الشرع أقوىٰ من المعلق ؛ فترجح عند التعارض ، قال : وإنما قلت : تكمل الثلاث عند الإمكان ؛ لصحة التعليق .

ثانيها : أطلق « التنبيه » و« المنهاج » الوجه بطلاقها ثلاثاً ، ومحله : في المدخول بها بناء على **الأصح** : أنها المنجز وتتمتها من المعلق ، فأما إذا قلنا : بوقوع الثلاث المعلقة . . فلا فرق حينئذ بين أن تكون مدخولاً بها أم لا .

ثالثها : تصوير المسألة ؛ بأن يقول : (فأنت طالق قبله ثلاثاً) عليه جميع الأصحاب ، وصورها السبكي بما إذا قيد القبلية فقال : (فأنت طالق قُبيله بلحظة) ، وقال : إنما قيدنا ؛ لأنه لو أطلق . .

---

(١) المحرر (ص ٣٣٩) ، فتح العزيز (٩/١١٦) ، تصحيح التنبيه (٢/٦٨) .

(٢) الحاوي (ص ٥٠٩) ، المنهاج (ص ٤٢٥) .

(٣) الروضة (٨/١٦٥) .

(٤) نهاية المطلب (١٤/٢٨٤) .

كانت القبلية متسعة ، حتىٰ لو فسخ نكاحها بعيب ثم تزوجها وطلقها في النكاح الثاني . . تبين وقوع الطلاق في النكاح الأول ، ويكون نكاحها الثاني صحيحاً ؛ لأنها كانت بائناً بالطلاق ، وطلاقها الثاني صحيح وإن لم يكن مملوكاً حين التعليق ؛ لأنه إنما يشترط ملك المعلق لا المعلق عليه ، قال : هٰكذا يظهر لي وإن لم يذكره الأصحاب ، قال : ففي هٰذه الصورة لا يكون التعليق مستحيلاً ، بخلاف ما إذا قيد القبلية ؛ لاستحالة اجتماع الشرط والمشروط . انتهىٰ .

رابعها : صور « التنبيه » المسألة : بأن يقول : (إن وقع عليك طلاقي) ، وهٰذا يتناول تطليقه بنفسه وتوكيله ، بخلاف تعبير « المنهاج » و« الحاوي » بـ (طلقت) فإنه لا يتناول طلاق الوكيل ؛ ففي تصويرهما لو طلق الوكيل . . نفذ قطعاً .

قال الرافعي : وسمعت بعضهم يقول في المباحثة : ينبغي أن لا يقع طلاق الوكيل على الوجه الأول ؛ أي القائل بأنه يلغو ؛ لأنه إذا لم ينفذ منه . . فكذلك وكيله ؛ كما لا يزوج وكيل الولي في إحرامه[1] .

قلت : وهو بحث ضعيف ؛ لأنه ينفذ طلاقه بالتعليق ؛ بأن يقول لها : (إن دخلت الدار . . فأنت طالق) ، ثم يقول : (إذا طلقتك . . فأنت طالق قبله طلاقاً) ثم تدخل الدار . . فيقع الطلاق المعلق بدخول الدار قطعاً ، فدل علىٰ نفوذ طلاق الزوج ، وأما امتناعه في تلك الصورة الخاصة عند بعضهم ؛ فلمدرك يخصها .

٤٠٨٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٩] : (« **وإن طلقت أو آليت أوظاهرت أو راجعت أو فسخت . . فأنت طالق قبله ثلاثاً** » . . **باطل**) يقتضي أنه لا يقع شيء من الطلاق في مسألة الإيلاء وما بعدها ؛ لبطلان التعليق وهو مقتضىٰ قول « المنهاج » [ص ٤٢٥] : (**ففي صحته الخلاف**) أي : فعلى المرجح عنده تقع التصرفات المنجزة فقط ، وتبع الرافعيَّ والنوويَّ علىٰ ذلك ابن الرفعة[2] .

وقال شيخنا ابن النقيب : يظهر أن يقال : إن قلنا : إن الثلاث الواقعة هي الثلاث المعلقة . . لم يقع هنا شيء ، وإن قلنا : بوقوع المنجزة ويكمل كما هو **المصحح** . . فينبغي هنا وقوع طلقتين[3] .

قلت : أي : إن كانت مدخولاً بها ، فأما غير المدخول بها : فإنها تبين بالطلاق . . فلا تقع هٰذه التصرفات ، والله أعلم .

٤٠٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٦] : (**ولو علقه بمشيئتها خطاباً . . اشتُرطت علىٰ فور**) يستثنىٰ منه : ما إذا قال : (أنت طالق متىٰ شئت) . . فإنه لا يشترط في مشيئتها الفور .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١١٢) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١١٣) ، و« الروضة » (٨/ ١٦٣ ، ١٦٤) .

(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٤١٠) .

ولا يرد ذلك على قول « التنبيه » [ص ١٨٠] : (**وإن قال لها : « إن شئت . . فأنت طالق » فقالت في الحال : « شئت » . . طلقت**) لتصويره المسألة بـ (إن) .

٤٠٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٦] : (**أو غيبةً**) أحسن من قول « المحرر » : (غائبة)[١] فإنه لا يشترط غيبتها ، وإنما يشترط كون الصيغة للغائب ؛ كقوله : (هي طالق إن شاءت) ولو كانت هي حاضرة .

٤٠٨٣ـ قوله : (**أو بمشيئة أجنبي . . فلا في الأصح**)[٢] محل الخلاف : ما إذا كان بصيغة خطاب ، فإن كان بلفظ الغيبة ؛ مثل : إن شاء زيد . . لم يشترط الفور جزماً ، قاله الرافعي[٣] .

لكن قال الماوردي في قوله : (إن رضي زيد) : إنه يشترط رضاه على الفور[٤] .

٤٠٨٤ـ قول « التنبيه » فيما لو قال : أنت طالق إن شاء زيد [ص ١٧٦ ، ١٧٧] : (**وإن خرس فأشار . . لم تطلق ، وعندي : أنه يقع في الأخرس**) ، **صححه في** « المهذب » ، وكذا الرافعي والنووي اعتباراً بحال المشيئة ، وهو فيها معتبر الإشارة ، والخلاف في ذلك وجهان مشهوران[٥] .

٤٠٨٥ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولو قال : « أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء زيدٌ طلقةً » فشاء طلقةً . . لم تطلق**)[٦] كذا لو شاء طلقتين أو ثلاثاً ؛ لأنه شاء واحدة وزيادة ؛ ولهـٰذا قال «الحاوي» [ص ٥٠٨] : (**فشاء واحدة أو أكثر**) ، فلو قال : (أردت أنه إذا شاء واحدة . . وقعت) . . قُبل ووقعت طلقة ، أو (أردت أنه إذا شاء واحدة . . لم تقع تلك الواحدة) . . وقع طلقتان .

٤٠٨٦ـ قول « التنبيه » في (الأيمان) [ص ١٩٨] : (**وإن حلف لا يدخل هـٰذه الدار فدخلها ناسياً أو جاهلاً . . ففيه قولان**) ثم قال : (**وإن أكره حتىٰ دخل . . ففيه قولان**) يتناول الحلف بالله وبالطلاق ، وقوله هنا فيما لو قال : (إن قدم فلان . . فأنت طالق) : (**وإن أكره حتىٰ قدم . . ففيه قولان**)[٧] محله : فيما إذا قصد منعه من القدوم ، وكان ممن يبالي بتعليقه وعلم به علىٰ ما سيأتي ، **والأصح** : عدم الحنث ، وعليه مشى « الحاوي » و« المنهاج » فقال [ص ٤٢٦] : (**ولو علق بفعله ففعل ناسياً للتعليق أو مكرهاً . . لم تطلق في الأظهر**) ، ولم يذكر الجاهل بأن ذلك هو المحلوف عليه وهو مثلهما .

---

(١) المحرر (ص ٣٤٠) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٦) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/١٠٦) .

(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/١٤٤) .

(٥) المهذب (٢/٩٧) ، وانظر « فتح العزيز » (٩/١٠٧) ، و« الروضة » (٨/١٥٨) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٧٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٢٦) .

(٧) التنبيه (ص ١٧٩) .

وقال الرافعي : ذكر صاحب « المهذب » والروياني وغيرهما : أن **الأظهر** في (الأيمان) : عدم الحنث ، ويشبه أن الطلاق مثله ، وقطع القفال بوقوع الطلاق ؛ لوجود الصفة ، ولا يجيء فيه الخلاف الذي في (الأيمان) فإن التعويل فيها علىٰ هتك حرمة الاسم ، ولا هتك مع الإكراه والنسيان ، وظاهر المذهب : طرده هنا[(١)] .

قال النووي : ورجح في « المحرر » : عدم الحنث في الطلاق واليمين جميعاً ، وهو المختار ؛ للحديث الحسن : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ، والمختار : عمومه ، فيعمل به إلا فيما خص بدليل ؛ كغرامة المتلفات[(٢)] .

قال شيخنا ابن النقيب : هٰذا الحديث بهٰذا اللفظ ؛ قيل : لم يوجد ، **والمشهور** فيه : « إن الله وضع عن أمتي . . . إلىٰ آخره » ، وفي رواية : « وضع لي عن أمتي » ، وقال بعضهم : رواية : « رفع عن أمتي » قيل : إنها في « الأحكام الكبرىٰ » لعبد الحق ، ولم أرها . انتهىٰ[(٣)] .

واعلم : أنه إذا حلف أنه لم يفعل كذا في الماضي ثم تبين أنه فعله . . ففيه القولان في الناسي ، ذكره الرافعي في أوائل (الأيمان) والنووي في « الروضة » من زيادته في أواخر (الطلاق)[(٤)] ، وصحح ابن الصلاح : الحنث في الماضي والمستقبل .

٤٠٨٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٦] : (**أو بفعل غيره ممن يبالي بتعليقه وعلم به . . فكذلك ، وإلا . . فيقع قطعاً**) فيه أمور :

أحدها : أنه دخل في قوله : (**وإلا**) ما إذا لم يبال بتعليقه ولم يعلم به ، وما إذا علم بتعليقه ولم يبال به ، وما إذا بالىٰ بتعليقه ولم يعلم به ، والقطع بالوقوع في الثالثة مردود ، وقد استشكله السبكي ، وقال : كيف يقع بفعل الجاهل قطعاً ولا يقع بفعل الناسي على **الأظهر** مع أن الجاهل أولىٰ بالمعذرة من الناسي ؟! قال : وقد بحث الشيخ الإمام علاء الدين الباجي في ذلك هو والشيخ زين الدين بن الكتناني في درس ابن بنت الأعز ، وكان ابن الكتناني مصمماً علىٰ ما اقتضته عبارة « المنهاج » والباجي في مقابلته ، قال السبكي : **والصواب** : أن كلام « المنهاج » محمول علىٰ ما إذا قصد الزوج مجرد التعليق ولم يقصد إعلامه ؛ ليمتنع ، وقد أرشد الرافعي إلىٰ ذلك ؛ فإن عبارته وعبارة النووي في « الروضة » : ولو علق بفعل الزوجة أو أجنبي ؛ فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق ، ولم يقصد الزوج إعلامه . انتهىٰ[(٥)] .

---

(١) فتح العزيز (٩/١٤٦) ، وانظر « المهذب » (٢/١٣٩) .
(٢) الروضة (٨/١٩٣) ، وانظر « المحرر » (ص ٣٤٠) .
(٣) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٤١٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٢/٢٢٩) ، و« الروضة » (٨/٢٠٣) .
(٥) فتح العزيز (٩/١٤٦) ، الروضة (٨/١٩٣) .

ففي قوله : (**ولم يقصد إعلامه**) ما يرشد إلىٰ ذلك . انتهىٰ .

وقال في « المهمات » : أشار بقوله : (ولم يقصد الزوج إعلامه) إلىٰ قصد الحث والمنع ، وعبر عنه به ؛ لأن قاصده يقصد إعلام الحالف بذلك ليمتنع منه ؛ ولهٰذا لما تكلم على القيود . . ذكر الحث والمنع عوضاً عن الإعلام .

والظاهر أنه معطوف بـ (أو) لا بـ (الواو) حتىٰ لا يكون المجموع شرطاً ؛ فإن الرافعي شرط بعد ذلك لعدم الوقوع شروطاً ثلاثة : شعوره ، وأن يبالي ، وأن يقصد الزوج الحث والمنع ، وما اقتضاه كلام الرافعي من الحنث إذا لم يعلم المحلوف عليه رجحه الصيدلاني فيما جمعه من طريقة القفال ، فقال : فإن قصد منعه ؛ فإن لم يعلم القادم حتىٰ قدم . . حنث الحالف ، وإن علم به ثم نسي . . فعلىٰ قولين ، ومنهم من قال : علىٰ قولين بكل حال . انتهىٰ .

وكذلك الغزالي في « البسيط » فقال : أما إذا علق بفعلها في غيبتها . . فلا أثر لنسيانها ، وإن كانت مكرهة . . فالظاهر : الوقوع ؛ لأن هٰذا في حكم التعليق لا قصد المنع ، ومنهم من طرد الخلاف ؛ لأن المكره عليه كالمعدوم ، وهٰذا ما اختاره القاضي . انتهىٰ .

وخالف الجمهورُ فخرجوه على القولين الشيخ أبو حامد والمحاملي وصاحبا « المهذب » و« التهذيب » والجرجاني والخوارزمي . انتهىٰ كلام « المهمات » .

وقال شيخنا ابن النقيب : القسم الثالث ـ وهو ما إذا بالىٰ ولم يعلم ـ ليس في « الروضة » و« الشرح » هنا ، ومقتضى « المنهاج » : الوقوع فيه قطعاً ، فليحرر[١] .

وتُوافق عبارة « المنهاج » في ذلك مفهوم قول « الحاوي » [ص ٥١٢] : (**ومن مكرهٍ وناسٍ وجاهلٍ مبالٍ[٢] به شَعَرَ**) .

ثانيها : ليس المراد بالمبالاة بتعليقه : خشية العقوبة من مخالفة أمره ونحوها ، بل المراد بها : كون المحلوف عليه بحيث يُراعِي الحالفَ ويحرص علىٰ إبرار قسمه ولو حياءً لمكارم الأخلاق ؛ فلو نزل عظيمٌ قريةً فحلف بعض أهلها لا يرحل عنها حتىٰ يضيفه . . فالمحلوف عليه يبالي بحلفه بالتقرير الذي ذكرناه .

ثالثها : يشترط مع المبالاة والعلم : قصد المعلِّق مَنْعَه دون التعليق بصورة الفعل ، وقد صرح به الرافعي ، فقال : وليعتبر مع ذلك قصده الحث والمنع ، وكذا فعل ابن الصباغ والإمام[٣] .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٤١٦) .

(٢) في كل النسخ : (مبالي) ولعل الصواب ما أثبت .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٤/١٤٢) ، و« فتح العزيز » (٩/١٤٦) .

رابعها : ذكر الرافعي والنووي بعد هـٰذا : أنه لو علق بدخول طفل أو بهيمة أو سنور ، وحصل دخوله كرهاً . . لم تطلق . انتهىٰ[1] .

وهو مخالف لما تقرر هنا ؛ لأن هـٰذه لا شعور عندها ولا مبالاة .

فصل

[في التعليق بالأكل والعدد ونحو ذلك]

٤٠٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٧] : (**ولو علَّق بأكل رمانةٍ وعلَّق بنصفٍ فأكلت رمانةً . . فطلقتان**) صورته : أن يكون التعليق بـ (إن) كما في « المحرر »[2] ، وكذا نحوها مما لا يقتضي تكراراً ، أما لو **علق** بـ (كلما) . . طلقت ثلاثاً ؛ لأنها أكلت رمانة ونصف رمانة مرتين .

٤٠٨٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٩] : (**وبالفعل بـ « إن » و« إذا » لا بالطلوع . . حَلِف**) أي : التعليق بالفعل وعدمه .

محله : ما إذا قُصِد به حث أو منع أو تحقيق خبر ، فكان ينبغي التعبير بذلك كما في « المنهاج »[3] ، وعبارة « التنبيه » [ص ١٧٨] : (**وإن قال : « إذا حلفت بطلاقك . . فأنت طالق » ثم قال لها : « إن خرجت من الدار ، أو إن لم تخرجي ، أو إن لم يكن هـٰذا كما قلت . . فأنت طالق » . . طلقت**) فالأول مثال للمنع ، والثاني للحث ، والثالث لتحقيق الخبر ، وقد يقع التعليق بالفعل ولا يقصد به الحث ولا المنع ولا تحقيق الخبر ؛ كقوله : إذا قدم السلطان أو جاء الحاج ، وقد يقع التعليق بطلوع الشمس مثلاً ويكون حلفاً ؛ لتضمنه تحقيق خبر كما إذا تنازعا في طلوعها ، فقال : (إن طلعت الشمس . . فأنت طالق) ، وبنى « الحاوي » كلامه علىٰ أن الغالب من التعليق بالفعل الحلف وبالطلوع ونحوه خلافه ، فجرىٰ على الغالب ، ولو عبر كـ « المنهاج » . . لطابق ولم يرد عليه شيء كما قدمته ، والله أعلم .

٤٠٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**وإن قال له رجل : « طلقت امرأتك » فقال : « نعم » . . طلقت**) محله : ما إذا قصد السائل بذلك التماس الإنشاء ، وقد قيده به « الحاوي »[4] .

واستشكل : بأن هـٰذا اللفظ غير صالح لالتماس الإنشاء .

وجوابه : أن الصيغة وإن كان وضعها الخبر . . فقد تستعمل في الإنشاء كسائر صيغ العقود

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/١٤٧) ، و« الروضة » (٨/١٩٣) .

(٢) المحرر (ص ٣٤١) .

(٣) المنهاج (ص ٤٢٧) .

(٤) الحاوي (ص ٤٩٨) .

والفسوخ ؛ فإنها من حيث اللفظ خبر ومن حيث الاستعمال إنشاء ، أما لو قصد السائل استخباره . . فهو إقرار بالطلاق ، فإن قال : أردت ماضياً وراجعت . . صدق بيمينه ، ذكره في « المنهاج »[1] ، أما إذا قال : وجددت . . فهو كما إذا قال : أنت طالق في الشهر الماضي وفسر بذلك ، وقول « المنهاج » فيما إذا قيل ذلك التماساً [ص ٤٢٧] : (**وقيل : كناية**) يقتضي أنه وجه ، وكذا في « المحرر »[2] ، لكن حكاه في « الروضة » وأصلها قولاً[3] .

٤٠٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٧٥] : (**وإن قال : « ألك زوجة » فقال : « لا » . . لم يكن شيئاً**) أي : فلا يقع به الطلاق وإن نواه ، كذا حكاه الرافعي عن نصه في « الإملاء » وعن كثير من الأصحاب ، لكن صحح النووي في « تصحيحه » : أنه كناية ، ثم قال الرافعي : ولا بأس لو فرق بين أن يكون السائل مستخبراً أو ملتمساً إنشاء الطلاق كما في (نعم)[4] .

٤٠٩٢ـ قوله في (الأيمان) : (**وإن حلف لا أكلت رغيفين ، فأكلهما إلا لقمة . . لم يحنث**)[5] يقتضي الحنث بما هو أقل من لقمة ، لكن عبارة « المنهاج » [ص ٤٢٧] : (**فبَقِيَ لُبَابَةٌ . . لم يقع**) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥١٠] : (**بترك شيء**) أي : يحصل البر بذلك ، وفي « الروضة » هنا : فأكلته إلا فتاتاً ، قال القاضي حسين : لا يحنث ، وقال الإمام : إن بقي قطعة تحس ولها موقع . . لم يحنث ، وربما ضُبط بأن تسمىٰ قطعة خبز ، فإن دق مُدركه . . لم يظهر له أثر في بر ولا حنث ، قال : وهـٰذا مقطوع به عندي عرفاً ، **فالوجه** : تنزيل إطلاق القاضي عليه[6] ، وعبارته في (الأيمان) : فبقي ما يمكن التقاطه وأكله . . لم يحنث[7] .

٤٠٩٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٠] : (**وبتمييز نوىً من نوىٰ فبدَّدَتْ**) أي : علق الطلاق بعدم تمييز نواه من نواها ، فقال : (إن لم تميزي نوايَ من نواكِ . . فأنت طالق) فبدَّدَت : النوىٰ وفرَّقته . . لم تطلق .

محله : ما إذا لم يقصد تعييناً كما صرح به « المنهاج »[8] أي : التمييز الذي يحصل به تعيين نواه من نواها .

---

(١) المنهاج (ص ٤٢٧) .
(٢) المحرر (ص ٣٤١) .
(٣) الروضة (٨/١٧٩ ، ١٨٠) .
(٤) فتح العزيز (٩/١٣٢) ، تصحيح التنبيه (٢/٦٠) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٩٨) .
(٦) الروضة (٨/١٨٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/٣٢٢) .
(٧) الروضة (١١/٣٧) .
(٨) المنهاج (ص ٤٢٧) .

٤٠٩٤- قول « المنهاج » [ص ٤٢٧] : (**ولو كان بفمها تمرةٌ فعلَّق ببلعها ثم برميها ثم بإمساكها فبادرت مع فراغه بأكل بعضٍ ورمي بعضٍ.. لم يقع**) إتيانه بـ (ثم) في قوله : (**ثم برميها**) يوهم أنه يشترط تأخير يمين الرمي عن يمين البلع ، وليس كذلك ، وإنما يشترط تأخير يمين الإمساك عنهما ، فلو علق به أولاً أو ثانياً ولم تبادر بأكل البعض حتىٰ فرغ من الأيمان. . حنث في يمين الإمساك ؛ ولذلك عبر « الحاوي » بقوله [ص ٥١٠] : (**وابتلاع تمرة في فيها وقذفها ثم إمساكها**) .

واعلم : أن كلامهما يفهم الحنث بأكل جميعها ، وهو يقتضي أن الأكل ابتلاع .

قال شيخنا ابن النقيب : وهو واضح ، لكني لم أر من ذكره ، وقد يُنازع فيه إذا ذكر التمرة في يمينه ، فإن الأكل فيه مضغ يزيل اسم التمرة ، فلم يبتلع تمرة ؛ فليحرر ، وأما عكسه وهو قوله : (إن أكلت. . فأنت طالق) فابتعلت. . فإنه لا يحنث في **الأصح** ؛ لأنه يقال : ابتلعت ولم تأكل ، قاله المتولي ، كذا في « الروضة » هنا ، وقال في (الأيمان) : لو حلف لا يأكل السكر فبلعه بلا مضغ. . فقد أكله ؛ كما لو ابتلع الخبز علىٰ هيئته[1] .

٤٠٩٥- قول « الحاوي » [ص ٥١٠ ، ٥١١] : (**وإن لم تَصْدُقيني في حال سرقة بسرقتُ وما سرقتُ. . برَّ**) محله : ما إذا لم يقصد تعريفاً كما صرح به « المنهاج »[2] .

٤٠٩٦- قوله : (**ولو قال : « إن لم تخبريني بعدد حبِّ هـٰذه الرمانة قبل كسرها ». . فالخلاص. . أن تذكر عدداً يُعلم أنها لا ينقص عنه ، ثم تزيد واحداً واحداً حتىٰ تبلغ ما يُعلم أنها لا تزيد عليه**)[3] استشكله في « المهمات » ، وقال : ينبغي أن يبر بأيّ عدد ذكرته له ؛ لأن الخبر يقع على الصدق والكذب كما تقرر في الأصول والفقه .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وإنما خرج عن هـٰذه القاعدة ؛ لوجهين :

أحدهما : أن القرينة ترشد إلىٰ أن المراد : الذكر ، لا مطلق الخبر .

الثاني : أن الإخبار إن كان لِمَا وقع معدوداً أو مفعولاً ؛ كرمي الحجر. . فلا بد فيه من الإخبار بما وقع ، وإن كان يحتمل الوقوع وعدمه ؛ كقدوم زيد. . كفىٰ فيه الإخبار المطلق . انتهىٰ .

فلو قال : (إن لم تعَدِّيه). . ففيه وجهان :

أحدهما : أنه كقوله : إن لم تخبريني بعدده .

والثاني : يجب أن تبتدىء من الواحد وتزيد إلىٰ أن تنتهي إلى اليقين .

---

(١) السراج علىٰ نكت المنهاج (٦/ ٤٢٤) ، وانظر « الروضة » (٨/ ١٨٢) ، (١١/ ٤٢) .
(٢) المنهاج (ص ٤٢٨) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٨) .

قال الإمام : واكتفوا على الوجهين باللسان ، ولم يعتبروا توالي العدد فعلاً ، قال : ولست أراه كذلك .

نعم ؛ لو كان يرمق الواحد بعد الواحد ويضبط . . فهٰذا يقام مقام النقل باليد[(١)] .

٤٠٩٧ـ قوله : (**ولو قال لثلاث : « من لم تخبرني بعدد ركعات فرائض اليوم والليلة » . . لم يقع**)[(٢)] كذا جزم به ، وعبارة « المحرر » : (وقيل : لا تطلق)[(٣)] ، وحكاه في « الروضة » وأصلها عن القاضي حسين والمتولي ، ولم يحك ما يخالفه[(٤)] .

٤٠٩٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٠] : (**وبالنزول من سُلَّم والصعود والوقوف بالطفرة والحمل**)[(٥)] قُيد ذلك بما إذا لم يكن ذلك بأمرها .

وجوابه : أنه ليس المراد بذلك : أن تحمل وينزل بها من السلم ، بل يحملها واقف على الأرض ويضعها بالأرض .

٤٠٩٩ـ قوله : (**لا حُقْبٍ وعصرٍ**)[(٦)] أي : إذا قال : أنت طالق بعد حُقْبٍ أو عصرٍ . . لم تطلق بعد لحظة ، تبع فيه بحث الرافعي ، وهو خلاف المنقول ؛ فإن الرافعي حكىٰ عن الأصحاب : أنه يقع بمضي لحظة ، ثم قال : وهو بعيد لا وجه له ، ومشى « التنبيه » في ذلك على المنقول ، فقال في (الأيمان) فيمن حلف لا يكلم فلاناً حقباً : (بر بأدنىٰ زمان)[(٧)] ، ولم يبين الرافعي ـ على استبعاده ـ ما يحصل به الحنث ، وقد ذكر أهل اللغة : أن الحقب : ثمانون سنة ، وذكر بعضهم : أن العصر : ثلاثون سنة[(٨)] .

٤١٠٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٨] فيما لو خاطبته بمكروه فقال : « إن كنت كذلك . . فأنت طالق » وأراد التعليق : (**اعتبرت الصفة ، وكذا إن لم يقصد في الأصح**) محل الوجهين في « الروضة » وأصلها : ما إذا عم العرف بالمكافأة ، وهو الخلاف في أنه يراعي اللفظ أو العرف ، **والأصح** : مراعاة اللفظ ، أما إذا لم يعم العرف بذلك . . اعتبرت الصفة جزماً[(٩)] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٣٢٠) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٨) .

(٣) المحرر (ص ٣٢٤) .

(٤) الروضة (٨/ ١٨٤) .

(٥) **الطفرة** : الوثبة . انظر « مختار الصحاح » (ص ١٦٥) .

(٦) انظر « الحاوي » (ص ٥٠٢) .

(٧) التنبيه (ص ١٩٧) .

(٨) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١٤٢)

(٩) الروضة (٨/ ١٨٥) .

٤١٠١- قوله : (**والسفه : منافي إطلاق التصرف**)[١] تبع فيه « المحرر »[٢] ، وعبارة « الروضة » وأصلها : ويمكن أن يحمل السفه علىٰ ما يوجب الحجر[٣] .

٤١٠٢- قوله : (**والخسيس : قيل : من باع دينه بدنياه**)[٤] قاله أبو الحسن العبادي ، وقال : أخس الأخساء : من باع آخرته بدنيا غيره[٥] .

٤١٠٣- قول « التنبيه » [ص ١٧٩] : (**فإن قال : « إن رأيت الهلال . . فأنت طالق » فرآه غيرها . . طلقت**) كذا لو لم يره أحد ، ولكن تم العدد ، والمقصود : ثبوت دخول الشهر ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥١١] : (**ورؤية غيره الهلال وتمام العدد**) ويستثنىٰ من كلامهما : ما إذا قال : أردت بالرؤية المعاينة . . فإنه يقبل باطناً ، وكذا في الظاهر **على الأصح** ، إلا أن تكون عمياء . . فلا يقبل ظاهراً **على الأصح** ، وسواء علق بالعربية أو بالعجمية عند الإمام[٦] ، وقال القفال : إن علق بالعجمية . . حمل على المعاينة دون العلم سواء أكان بصيراً أم أعمىٰ ؛ لأن العرف المذكور لم يثبت إلا في العربية ، وهو المذكور في « التتمة » ، وإيراد البغوي يقتضي ترجيحه[٧] .

٤١٠٤- قول « التنبيه » [ص ١٨٠] : (**وإن قال : « إن كلمت فلاناً . . فأنت طالق » فكلمته مجنوناً أو نائماً . . لم تطلق**) **الأصح** فيما إذا كلمته مجنوناً: الطلاق، وقد جزم به في «الروضة» وأصلها[٨] .

٤١٠٥- قوله : (**وإن كلمته بحيث يسمع إلا أنه تشاغل بشيء فلم يسمع . . طلقت**)[٩] كذا لو لم يتشاغل لكن كان هناك لغط مانع من السماع أو ذهول لشغل قلب ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥١١] : (**والكلام بالذهول واللغط المانع من السماع**) .

٤١٠٦- قول « التنبيه » [ص ١٨٠] : (**وإن كلمته أصم فلم يسمع للصمم . . فقد قيل : تطلق ، وقيل : لا تطلق**) صحح النووي في « تصحيحه » : أنها لا تطلق ، وصحح الرافعي في « الشرح الصغير » : أنها تطلق[١٠] ، وجزم به في « الروضة » وأصلها في (كتاب الجمعة)[١١] .

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٨) .
(٢) المحرر (ص ٣٤٢) .
(٣) الروضة (٨/١٨٦) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٢٨) .
(٥) انظر « الروضة » (٨/ ١٨٥) ، و« السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٤٢٧) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ١١٣) .
(٧) انظر « التهذيب » (٦/ ٤٩) .
(٨) فتح العزيز (٩/ ١٤٥) ، الروضة (٨/ ١٩١) .
(٩) انظر « التنبيه » (ص ١٨٠) .
(١٠) تصحيح التنبيه (٢/ ٧٠) .
(١١) الروضة (٢/ ٢٨) .

قال شيخنا الإسنوي : ورأيته في « التتمة » هناك منقولاً عن النص .

٤١٠٧ـ قوله : (**وإن قال** : « **أنت طالق لرضا فلان** » . . **طلقت في الحال** ، **وإن قال** : **أردت إن رضي فلان** . . **قبل منه** ، **وقيل** : **لا يقبل**)[١] **الأصح** : عدم القبول ؛ ولهـٰذا أطلق « الحاوي » الوقوع في الحال في قوله [ص ٥٠٣] : (**لرضا زيد**) .

٤١٠٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٠] : (**وإن قال** : « **من بشرني بكذا** . . **فهي طالق** » **فأخبرته امرأته بذلك وهي كاذبة** . . **لم تطلق**) لم تعتبر في البشارة سوىٰ كونها صدقاً ، ويعتبر مع ذلك كونها هي الخبر الأول **في الأصح** ، فلو أخبره قبلها بذلك غيرها أو شاهدَ الحال قبل إخبارها . . لم تطلق ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥١١] : (**والبشارة** : **الخبر الأول الصدق**) ، وزاد في « الكفاية » : أن يكون ساراً ، قال : لأن العرف يقتضي ذلك ، وإن كانت البشارة من تغير البشرة ولو بشر ، وحكى الماوردي في اشتراطه وجهين ، **ثم صحح** في قوله : (من بشرني بخبر زيد) : أن المكروه ليس ببشارة إن كان الحالف صديقاً له ، وإن كان عدواً . . فبشارة[٢] .

قال في « المهمات » : وسكت عن انتفائهما ، **ويتجه فيه** : عدم الوقوع .

٤١٠٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٠٢] : (**وإن كَلَّمتِ إن دَخَلْت** . . **إن دخلت ثم كلمت**) هو قول الجمهور **المصحح** هنا والموافق للعربية ، لكن في الرافعي في (التدبير) : عن الأكثرين في قوله : (أنت حر إذا متُّ إن شئت) فأخر المشيئة عن الموت ، ثم قال : وليجر هـٰذا الخلاف في سائر **التعليقات** ؛ كقوله : **إذا دخلت** الدار . . فأنت طالق إن كلمت فلاناً[٣] .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٠) .

(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١٥/٤٠٧) .

(٣) فتح العزيز (١٣/٤١٣) .

كتاب الرّجْعَة

٤١١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٩] : (**شرط المرتجع : أهلية النكاح بنفسه**) و« الحاوي » [ص ٥١٥] : (**إنما يراجع من ينكح**) يرد عليه : المُحْرِم ؛ فإنه يراجع في **الأصح** وليس أهلاً للنكاح .

٤١١١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٩] : (**ولو طلق فجن . . فللولي الرجعة على الصحيح حيث له ابتداء النكاح**) يقتضي أن المسألة منقولة ، وكذا في « المحرر » فإنه جزم بذلك ثم قال : (وفيه وجه)[١] ويوافقه كلام الجيلي في « شرح التنبيه »[٢] ، لكن إنما ذكر ذلك في « الروضة » وأصلها بحثاً فقال : ينبغي أن يجوز للولي الرجعة حيث يجوز له ابتداء النكاح ، لكن إذا جوزنا التوكيل بالرجعة **وهو الصحيح**[٣] .

قال في « التوشيح » : وقد يقال : ينبغي جوازه وإن لم نجوّز التوكيل في الرجعة ؛ لأن تصرف الولي ليس بالوكالة ، بل بالولاية ، فهو أقوىٰ ، قال : وأما اعتبار حيثية جواز ابتداء النكاح . . فظاهر إذا أجرينا الرجعة مجرى ابتداء النكاح ، أما إن قلنا : استدامة . . فقد يقال بجوازها ، وإن كان المجنون بحاله . . لا يجوز الابتداء له ، ولا يقال : الولي يتصرف بالمصلحة ولا مصلحة للمجنون إلا في حالة يجوز فيها الابتداء له ؛ لأن المصلحة قد تكون في الرجعة ، وإن كان في تلك الحالة لا يجوز الابتداء وهـٰذا ؛ لأنه يشترط في ظهور المصلحة ابتداء ما لا يشترط دواماً ؛ لأنه في الابتداء يلزمه مآلاً ، بخلاف الرجعة ؛ فلعل مصلحة عرضت في الدوام لا تنهض بتسويغ الابتداء ، ولكن بتسويغ الارتجاع .

٤١١٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٢] : (**ولا تصح الرجعة إلا بالقول ، وهو أن يقول : « راجعتها » أو « ارتجعتها » أو « رددتها »**) فيه أمران :

أحدهما : أنه أورد علىٰ حصره الرجعة في القول : أنها تصح بالكتابة[٤] تفريعاً **على الجديد** : أنه لا يشترط فيها الإشهاد ؛ فإنها من جملة الكنايات ، وقد صرح بذلك « الحاوي »[٥] ، وهو داخل في قول « المنهاج » [ص ٤٢٩] : (**فتصح بكناية**) وأما قوله بعده : (**ولا تحصل بفعل**) فقد أشار إلىٰ

---

(١) المحرر (ص ٣٤٣) .
(٢) انظر « مغني المحتاج » (٣/٣٣٦) .
(٣) الروضة (٨/٢١٤ ، ٢١٥) .
(٤) في كل النسخ : (بالكناية) ، ولعل الصواب ما أثبت .
(٥) الحاوي (ص ٥١٦) .

تقييده بتمثيله بقوله : (**كوطءٍ**) أي : وما في معناه ، والجواب عن « التنبيه » : أن مراده : حصر الصريح .

ثانيهما : أنه يقتضي حصر القول فيما ذكره من الألفاظ ، وقد أهمل (رجعتها) ، وهو فعلها الأصلي ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، وقال الروياني : إنها من زيادة القفال[2] .

ولا بد من التصريح بالمرأة المراجعة إما بضمير غيبة كما مثل « التنبيه » ، أو خطاب كما مثل « المنهاج » ، أو ظاهر ؛ كـ (راجعت فلانة ، أو زوجتي) ، وقول « الحاوي » [ص ٥١٥] : (بـ « **رجعت** » و« **راجعت** » و« **ارتجعت** » . . . إلىٰ آخره) تسمُّح ، وقد فهم ذكرها من قوله أولاً : (**طالقاً**)[3] ، وسوّى « المنهاج » بين الرد والإمساك في حكاية الخلاف فيهما[4] ، وجزم « التنبيه » بالرد ، وحكى الخلاف في الإمساك ، **وصحح** : صحة الرجعة به[5] ، وذكر النووي التصحيح في « تصحيحه » زيادة تأكيد[6] ؛ ولعل نسخ « التنبيه » في ذلك مختلفة ، فلم يذكر التصحيح في بعضها .

وقال في « المهمات » : **الصواب** : أنه كناية ؛ فقد قال في « البحر » : إن الشافعي نص عليه في عامة كتبه[7] ، وتعبير « المنهاج » بـ (الأصح) يقتضي أن الخلاف في الرد وجهان ، قال شيخنا الإمام البلقيني : وليس كذلك ، بل الخلاف قولان ، وقد ذكرهما في « الأم » في ترجمة كيف تثبت الرجعة . انتهىٰ[8] .

ولم يطلع في « المهمات » إلا علىٰ أحد النصين ؛ فقال معترضاً علىٰ تصحيح صراحة الرد : نص في « الأم » علىٰ خلافه . انتهىٰ .

وظاهر كلامهما حصر ألفاظ الرجعة فيما ذكراه ، وفي « الحاوي » بعد ذكر هـٰذه الخمسة [ص ٥١٥] : (**ومعناها**) أي : وبألفاظ تكون بمعناها من أيّ لغة كانت ؛ إذ **الصحيح** : صحة الرجعة بغير العربية من اللغات كغيرها من التصرفات ، و(ارتددتك) مثل (رددتك) ، ذكره الروياني[9] .

---

(١) الحاوي (ص ٥١٥) ، المنهاج (ص ٤٢٩) .

(٢) انظر « بحر المذهب » (١٠/ ٢٠٧) .

(٣) الحاوي (ص ٥١٥) .

(٤) المنهاج (ص ٤٢٩) .

(٥) التنبيه (ص ١٨٢) .

(٦) تصحيح التنبيه (٢/ ٧٦) .

(٧) بحر المذهب (١٠/ ٢٠٧) .

(٨) الأم (٥/ ٢٤٤) .

(٩) انظر « بحر المذهب » (١٠/ ٢٠٧) .

٤١١٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٢] : (**وإن قال : « تزوجتها » أو « نكحتها » .. فقد قيل : لا يصح ، وقيل : يصح ، والأول أظهر**) يقتضي عدم الصحة مطلقاً ، **وصحح** « المنهاج » : أنهما كنايتان[١] ، وعليه مشى « الحاوي » **فقال** [ص ٥١٦] : (**وكناية كـ « تزوجت » و« أعدت الحِلَّ » و« رفعت التحريم »** ، **وَكتابة**) ويجري الخلاف فيما إذا جرى العقد علىٰ صورة الإيجاب والقبول .

قال الروياني : لكن **الأصح** هنا : الصحة ؛ لأنه آكد في الإباحة[٢] ، وكذا **صححه** النووي في « فتاويه » ، وظاهر كلام « التنبيه » : أنه لا يشترط في الرد أن يقول : (إليّ) كالرجعة ، وهو **الأشهر** كما في « الكفاية » ، لكن **الأصح** : اشتراطه ، وقد ذكره « المنهاج » فقال [ص ٤٢٩] : (**وليقل : « رددتها إليّ أو إلىٰ نكاحي »**) لكن ليس في عبارته إفصاح باشتراطه ، ومقتضىٰ كلامه : أنه لا يشترط ذلك في الإمساك ، وفي « الروضة » وأصلها : يشبه أن يجيء في اشتراط الإضافة فيه وجهان كالرد ، وجزم البغوي بعدم الاشتراط ، ومشى « الحاوي » على الاشتراط[٣] فيه أيضاً فقال [ص ٥١٥] : (**وإليّ أو النكاح** رددت وأمسكت) .

٤١١٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٩] : (**والجديد : أنه لا يشترط الإشهاد**) تبع فيه « المحرر »[٤] ، وهو يقتضي أن مقابله قديم ، قال الرافعي : وكذا ذكره جماعة ؛ منهم الإمام ، لكن **الأثبت** ـ وهو الذي ذكره العراقيون ـ : أن قوله في القديم و« الأم » : عدم الاشتراط ، ونسبوا الاشتراط إلى « الإملاء » . انتهىٰ[٥] .

وكذلك عبر في « الروضة » بالأظهر[٦] .

٤١١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٩] : (**وتختص الرجعة بموطوءة**) يقتضي أنه لا تصح رجعة من استدخلت ماء الزوج ، لكن **الأصح** : وجوب العدة بذلك ، ومقتضاه : ثبوت الرجعة به ، وقد جزم به في « الروضة » في الكلام على العنة[٧] ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥١٥] : (**في العدة**) ، لكن **صحح** في « الروضة » في موانع النكاح : عدم ثبوت الرجعة مع تصحيحه فيه وجوب العدة[٨] ، فتستثنىٰ حينئذ من عبارة « الحاوي » .

---

(١) المنهاج (ص ٤٢٩) .
(٢) انظر « بحر المذهب » (١٠/ ٢٠٨) .
(٣) الروضة (٨/ ٢١٥) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ١١٥) .
(٤) المحرر (ص ٣٤٣) .
(٥) فتح العزيز (٩/ ١٧٥) ، وانظر « الأم » (٧/ ٨٤) ، و« نهاية المطلب » (١٤/ ٣٥٣) .
(٦) الروضة (٨/ ٢١٦) .
(٧) الروضة (٧/ ١٩٩) .
(٨) الروضة (٧/ ١١٤) .

٤١١٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٢] : (**بعد الدخول**) قد يريد به : الوطء ، فتكون كعبارة « المنهاج » ، أو ما يوجب العدة ، فتكون كـ« الحاوي » .

٤١١٧ـ قولهم : (**باقيةٍ في العدة**)[١] يرد عليه أمران :

أحدهما : لو وطئها الزوج في العدة.. استأنفت عدة ، وأولها فراغه من الوطء ، كما حكاه الرافعي في (العدد) عن المتولي ، ولم يعترضه ، ودخلت فيها البقية ، ولا يراجع إلا في تلك البقية ، لا في الزائد ، وقد ذكره « المنهاج » بعد ذلك[٢] ، ومرادهم بالعدة : عدة الطلاق ، والزائد : عدة ذلك الوطء .

ثانيهما : لو كان يخالط الرجعية مخالطة الأزواج من غير وطء وقلنا ببقاء العدة ـ **وهو الأصح** ـ.. فلا رجعة له بعد انقضاء الأقراء أو الأشهر ، وسيأتي في العدد ، ولم يتعرض « التنبيه » و« المنهاج » لاشتراط كون الرجعة في معينة ، **والأصح** : اشتراطه ، فلو طلق إحدى امرأتيه مبهمة ثم قال قبل التعيين : (راجعت المطلقة منكما).. لم يصح ، وقد صرح به « الحاوي » فقال [ص ٥١٥] : (**لا مبهمة**) .

٤١١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٢٩] : (**وإذا ادعت وضع حمل لمدة إمكان ، وهي ممن تحيض لا آيسةٌ.. فالأصح : تصديقها بيمين**) أي : فيما يرجع إلى انقضاء العدة ، فأما في النسب والاستيلاد : إذا ادعت الأمة الولادة.. فلا بد فيه من بينة .

٤١١٩ـ قوله : (**وإن ادعت ولادةَ تامٍّ.. فإمكانه ستة أشهرٍ ولحظتان من وقت النكاح**)[٣] عبارة « الروضة » : من حين إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح ، وقال : لحظة لإمكان الوطء ولحظة للولادة[٤] ، ولم يتعرض « الحاوي » لابتدائها ، وهو فيه في (العدد)[٥] .

٤١٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٠] : (**أو سِقْطٍ مصوَّرٍ.. فمئة وعشرون يوماً ولحظتان**) عبارة « الحاوي » كـ« الروضة » : أربعة أشهر ولحظتان[٦] ؛ ولعل مراده بالعدد ؛ فإن عبارة الرافعي : مئة وعشرون يوماً ، وهي أربعة أشهر ولحظتان من يوم النكاح[٧] ، وفي « الروضة » : من إمكان

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٢) ، و« الحاوي » (ص ٥١٥) ، و« المنهاج » (ص ٤٢٩) .
(٢) المنهاج (ص ٤٣٠) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٣٠) .
(٤) الروضة (٨/٢١٨) .
(٥) الحاوي (ص ٥٣١) .
(٦) الحاوي (ص ٥٣١) ، الروضة (٨/٢١٨) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٩/١٧٩) .

الاجتماع كما تقدم في الستة[١] ، وفي « الروضة » وأصلها في الكلام علىٰ عدة الصغيرة والآيسة : اعتبار شهرين[٢] .

٤١٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٠] : **(أو انقضاء أقراء ؛ فإن كانت حرة وطُلقت في طهر . . فأقل الإمكان اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان)** محله : في غير المبتدأة ، أما المبتدأة : فأقل الإمكان في حقها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة ؛ بناء على **الأصح** : أن الطهر ما احتوشه دمان ، وقد ذكره « الحاوي »[٣] .

ثم قد يفهم كلامهما أن لحظة الحيض من العدة ، وليس كذلك ؛ **فالأصح** : أنها ليست منها ، وإنما هي لتيقن تمامها ، فلا تصح الرجعة فيها ، وحكى الرافعيُ قولاً : أنه لا يحكم بانقضاء العدة بمجرد الطعن في الدم آخراً ، بل يشترط يوم وليلة[٤] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن النص المذكور في « البويطي » وفي « الأم » في اختلاف علي وابن مسعود ، ولفظه : إن أقل زمان يمكن فيه انقضاء العدة ثلاثة وثلاثون يوماً[٥] ، قال شيخنا : وهـٰذا نص صريح ، وهو أولىٰ ؛ للاحتياط ، بخلاف القول المكتفي بالطعن ، وإن كان ذاك أكثر نصوصه .

٤١٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٠] : **(أو أمة وطلقت في طهر . . فستة عشر يوماً ولحظتان)** محله : في غير المبتدأة أيضاً ، أما المبتدأة : فأقل الإمكان في حقها اثنان وثلاثون يوماً ولحظة ، بناء على اشتراط الاحتواش كما تقدم في نظيره ، وقد ذكره « الحاوي »[٦] .

٤١٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٣٢] : **(وتصدق إن لم تخالف عادةً دائرةً ، وكذا إن خالفت في الأصح)** حكاه الرافعي والنووي عن تصحيح الأكثرين ، وقال الشيخ أبو محمد : **إن مقابله هو المذهب** ، وقال الروياني : **إنه الاختيار في هـٰذا الزمان**[٧] ، ونص عليه الشافعي كما حكاه في « المهمات » فقال : وإن لم تكن هي ولا أحد من النساء يذكرن مثل هـٰذا . . لم تصدق[٨] .

---

(١) الروضة (٨/ ٢١٨) .
(٢) الروضة (٨/ ٣٧٠) .
(٣) الحاوي (ص ٥٣٢) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/ ١٨٠) .
(٥) الأم (٧/ ١٧٣) .
(٦) الحاوي (ص ٥٣٢) .
(٧) فتح العزيز (٩/ ١٨١) ، الروضة (٨/ ٢٢٠) ، وانظر « بحر المذهب » (١٠/ ٢٠٤) .
(٨) انظر « الأم » (٥/ ٢٤٦) .

٤١٢٤ـ **قولهم في وطء الرجعية** : (**ويجب مهر مثل**)[١] ظاهره مهر واحد ولو تكرر الوطء ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم نر من تعرض له ، **والقياس** علىٰ ما ذكروه في الوطء في النكاح الفاسد ووطء الأب والشريك والمكاتب : أنه لا يجب إلا مهر واحد .

٤١٢٥ـ **قول** « التنبيه » [ص ١٨٢ ، ١٨٣] : (**وإن اختلفا فقال** : « **راجعتك قبل انقضاء العدة** » **وقالت** : « **بل انقضت عدتي ثم راجعتني** » **فإن كانت المرأة سبقت بدعوى انقضاء العدة ثم قال الرجل** : « **كنت راجعتك** » . . **فالقول قولها ، وإن سبق الرجل بدعوى الرجعة ثم ادعت هي انقضاء العدة** . . **فالقول قوله ، وإن أقرا معاً** . . **فالمذهب** : **أن القول قول المرأة**) محله : ما إذا لم يتفقا علىٰ وقت الانقضاء ولا وقت الرجعة ، بل تنازعا في السبق بلا اتفاق ، فإن اتفقا علىٰ وقت الانقضاء ؛ كيوم الجمعة ، وقال : (راجعت يوم الخميس) فقالت : (بل السبت) . . صدقت بيمينها ، أو علىٰ وقت الرجعة ؛ كيوم الجمعة ، وقالت : (انقضت الخميس) ، وقال : (السبت) . . صدق بيمينه ، ذكره « المنهاج » هنا و« الحاوي » في (العدد)[٢] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٣] ، لكنهما ذكرا في (العدد) فيما إذا ولدت فطلقها واختلفا في المتقدم منهما : أنهما إن اتفقا علىٰ وقت أحدهما . . فالعكس مما تقدم ، وإن لم يتفقا . . صدق الزوج ، والمدرك واحد ، وهو التمسك بالأصل[٤] ، وحيث صدقت فكانت أمة . . قال المتولي : المعتبر تصديق السيد ، وقال البغوي : تصديقها ولا أثر لقول السيد[٥] ، واختار الشاشي ما ذكره المتولي ، وقواه النووي[٦] ، لكنه خلاف نص الشافعي ؛ حيث قال : وهٰكذا لو كانت زوجته أمة فصدقته . . كانت كالحرة في جميع أمرها ، ولو كذبه مولاها . . لم أقبل قوله ؛ لأن التحليل بالرجعة والتحريم بالطلاق فيها ولها . انتهىٰ[٧] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وجزم به الفوراني في « الإبانة » ، وهو مقتضىٰ إطلاق الجمهور . انتهىٰ .

وهل المراد : سبق الدعوىٰ عند حاكم أم لا ؟ اختلف فيه فقهاء اليمن ، فقال ابن عجيل : نعم ، وقال الحضرمي : يظهر من كلامهم أنهم لا يريدونه .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٢) ، و« الحاوي » (ص ٥١٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٣٠) .
(٢) الحاوي (ص ٥٣٢) ، المنهاج (ص ٤٣٠) .
(٣) فتح العزيز (٩/١٨٧ ، ١٨٨) ، الروضة (٨/٢٢٣ ، ٢٢٤) .
(٤) فتح العزيز (٩/٤٥٧) ، الروضة (٨/٣٨٣) .
(٥) انظر « التهذيب » (٦/١٢١) .
(٦) انظر « الروضة » (٨/٢٢٨) .
(٧) انظر « الأم » (٥/٢٤٧) .

قلت : هو ظاهر كلامهم ، وهـٰذا كله إذا لم تنكح زوجاً بعد العدة ، فإن نكحت . . فقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٥٣٢] : (**وإذا ادعى الرجعة بعد العدة ونكاحها وأقام بينةً . . فهي له ، ويجب لها مهر المثل على الثاني إن دخل بها ، وله تحليفها دونه ، فإن أقرت أو نكلت وحلف . . غرَّمها مهر المثل ولا تُجعل زوجته**) انتهىٰ .

وفي سماع دعواه على الزوج الثاني وجهان ، قطع المحاملي وغيره من العراقيين بسماعها ، وصحح الإمام : عدمه[1] ، ثم قال « الحاوي » [ص ٥٣٢] : (**لا إذا ادعىٰ على امرأةٍ تحت رجلٍ أنها زوجته ، فقالت : « طلقتني » . . تُجعل زوجته ، ويحلف أنه لم يطلق**) وتبع فيه الرافعي ؛ وعلله : بأنه لم يحصل الاتفاق علىٰ عدم الطلاق ، وهنا حصل ، والأصل عدم الرجعة ، ووافقه النووي[2] .

وقال في « المهمات » : كيف يستقيم ذلك مع سبق تعلق حق الأول ؟ وقد صحح الرافعي فيمن باع شيئاً ثم اعترف بأنه كان ملكاً لغيره : بأنه لا يقبل ؛ لأنهما قد يتواطآن علىٰ ذلك ، قال : فلعل المسألة مصورة بما إذا ثبت نكاح الأول .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يجب تقييده بما إذا لم تكن المرأة أقرت بالنكاح لمن هي تحته ، ولا ثبت ذلك بالبينة ، فإن وُجد أحدهما . . لم تنزع منه جزماً .

٤١٢٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٦] : (**وإن أنكرت رضا النكاح وعادت . . صُدِّقت**) تبع فيه الغزالي ؛ فإنه رجحه[3] ، لكن المنصوص ـ كما حكاه الرافعي عن القاضي أبي الطيب ـ : أنها لا تصدق[4] ، ثم إن هـٰذا صريح في قبول قولها : أنها لم تكن راضية بعقد النكاح ، لكن في « فتاوى البغوي » : أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه ، حكاه عنه الرافعي والنووي ، وقالا : كأنه جعل الدخول بمنزلة الرضا ، ذكراه قبيل (الصداق)[5] .

* * *

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٣٥٦) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/١٩١) ، و« الروضة » (٨/٢٢٥) .
(٣) انظر « الوجيز » (٢/٧٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/١٩٣) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٨/٢٢٤) ، و« الروضة » (٧/٢٤٥) .

كتاب الإيلاء

٤١٢٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٢] : **(هو حلف زوجٍ يصح طلاقه لَيَمْتَنِعَنَّ من وطئها مطلقاً ، أو فوق أربعةِ أشهرٍ)** فيه أمور :

أحدها : كذا قيده « الحاوي » أيضاً بالزوج[١] ؛ للاحتراز عما لو قال لأجنبية : والله لا أطؤك ؛ فإن **الأصح** : أنه إذا تزوجها . . لا يكون مولياً ؛ لأنه لا يتحقق فيه قصد الإيذاء وهي أجنبية ، وإن كان يلزمه الكفارة إذا وطء ، ويوافقهما قول « التنبيه » [ص ١٨٣] : **(كل زوج صح طلاقه وهو قادر على الوطء صح إيلاؤه)** .

واعترضه ابن الرفعة : بأنه لا حاجة لذكر الزوج ، بل تركه أولىٰ كما فعل في الظهار ؛ فإن لفظه يخرج الرجعية إذا قلنا : الطلاق الرجعي قاطع . انتهىٰ .

ولو قال : (إن تزوجتك . . فو الله لا وطئتك) . . فهو كتعليق الطلاق بالملك ، قاله الرافعي والنووي ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : **التحقيق** : أنه يكون مولياً[٢] .

ثانيها : أن تعبير « المنهاج » و« التنبيه » بقولهما : **(يصح طلاقه)** أحسن من قول « المحرر » : (ويشترط في الزوج التكليف)[٣] لدخول السكران في العبارة الأولىٰ ؛ لأنه يصح طلاقه دون الثانية ؛ لأنه غير مكلف ، كذا قاله شيخنا ابن النقيب[٤] ، وهو تابع في كون السكران غير مكلف النووي[٥] ، لكن **الحق** : أنه مكلف ، ونص عليه الشافعي ، ولم يتعرض « الحاوي » لذلك ؛ اكتفاء بما ذكره في (الحجر) .

وقد يرد على التعبير بصحة الطلاق : ما إذا قال : (إذا وقع عليك طلاقي . . فأنت طالق قبله ثلاثاً) وفرعنا على انسداد باب الطلاق . . فإنه زوج لا يصح طلاقه ومع ذلك يصح إيلاؤه .

وجوابه : أن المراد : صحة طلاقه في الجملة لا في الصورة الخاصة .

ثالثها : المراد في عبارته وعبارة «الحاوي»: الوطء في القبل، فلو حلف علىٰ تركه في الدبر أو فيما دون الفرج . . لم يكن مولياً ، صرح به « التنبيه » ، واحترز عنه بتعبيره أولاً بـ **(الجماع في الفرج)**[٦] .

---

(١) الحاوي (ص ٥١٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/١٩٦) ، و« الروضة » (٨/٢٢٩) .

(٣) المحرر (ص ٣٤٥) .

(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/٤٤٦) .

(٥) انظر « الدقائق » (ص ٧١) .

(٦) التنبيه (ص ١٨٣) .

رابعها : كان ينبغي أن يقول : (قادر على الوطء) كما فعل « التنبيه »[1] ليحترز عن إيلاء المجبوب والإيلاء من الرتقاء والقرناء وإن كان قد ذكرها بعد ذلك ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥١٧] : (**من وطءٍ ممكنٍ**) .

خامسها : قوله : (**مطلقاً ، أو وفوق أربعة أشهر**) قد يقال : إن الثانية مغنية عن الأولىٰ ؛ ولذلك اقتصر عليها « التنبيه » لأنه إذا أطلق ولم يقيد . . تناول جميع الأزمنة ، ومن ذلك فوق أربعة أشهر .

سادسها : قد يرد علىٰ ذلك : ما لو قيد بمستبعد الحصول ؛ كنزول عيسىٰ عليه السلام . . فإنه ليس مطلقاً ، ولا هو مقيد بزيادة علىٰ أربعة أشهر ، ومع ذلك فينعقد به الإيلاء كما سيأتي ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥١٧] : (**مطلقاً ، أو أكثر من أربعة أشهر ، أو حتىٰ ينزل عيسىٰ عليه السلام أو يخرج الدجال** . . . إلىٰ آخر كلامه) فزاد ذلك على الإطلاق والتقييد بأكثر من أربعة أشهر ، وقد يقال : لا يرد ذلك ؛ لأنه إنما صح الإيلاء فيه ؛ للعلم بتأخر حصول ذلك عن أربعة أشهر .

سابعها : هـٰذه الأشهر هلالية ، فلو حلف لا يطؤها مئة وعشرين يوماً . . لم يحكم في الحال بأنه مول ؛ فإذا مضت أربعة هلالية ولم يتم ذلك العدد ؛ لنقص الأهلة أو بعضها . . تبين حينئذ كونه مولياً ، ذكره شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : لم أر من تعرض له .

ثامنها : ظاهر كلامهم الاكتفاء في صحة إيلائه بزيادة علىٰ أربعة أشهر وإن قلَّت ، وبه صرح الإمام، وقال: ولا يعتبر أن تكون الزيادة بحيث تتأتى المطالبة في مثلها ، قال : وفائدته أنه يأثم[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه عجيب لا يوافق عليه ، قال : والذي يقتضيه نص الشافعي رضي الله عنه في « الأم » و« المختصر » : أنه لا يكون مولياً إلا بالحلف علىٰ ما فوق أربعة أشهر بزمان يتأتىٰ فيه الوقف والمطالبة ، وصرح به الماوردي فقال : والمولي من لم يقدر على الإصابة بعد الوقف إلا بالحنث ، وفي كلام الروياني في « البحر » ما يوافق كلام الإمام . انتهىٰ[3] .

وعبارة « التنبيه » [ص ١٨٣] : (**الإيلاء : أن يحلف بالله يميناً تمنع الجماع في الفرج أكثر من أربعة أشهر**) وقال قبل ذلك : (**كل زوج صح طلاقه وهو قادر على الوطء صح إيلاؤه**) فحصل الغرض من مجموع كلاميه ، واقتصاره على الحلف بالله يرد عليه : الحلف بصفة من صفاته ، وقد ذكر بعده تعليق الطلاق ونحوه على الوطء ، **وصحح** فيه : أنه إيلاء ، وكأنه أراد أولاً : بيان الإيلاء المتفق عليه .

---

(١) التنبيه (ص ١٨٣) .

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٣٨٦) .

(٣) الأم (٥/ ٢٧٠) ، مختصر المزني (ص ١٩٩) ، الحاوي الكبير (١٠/ ٣٨٠) ، بحر المذهب (١٠/ ٢٢٥) .

٤١٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٣] : (**وإن كان غير قادر لشلل أو جَبٍّ . . ففيه قولان ، أحدهما : يصح إيلاؤه ، والثاني : لا يصح) الأظهر** : عدم الصحة ، وقد فهم من قول « الحاوي » [ص ٥١٧] : (**وطءٍ ممكنٍ**) ، وصرح به « المنهاج » فقال [ص ٤٣٢] : (**ولو آلىٰ من رتقاء ، أو قرناء ، أو آلىٰ مجبوبٌ . . لم يصح على المذهب**) وإنما عبر بالمذهب ؛ لأن فيه طريقين أخريين : القطع بالصحة ، والقطع بالبطلان ، **والأصح** : طريقة القولين ، ولو جُبّ بعد الإيلاء . . لم يبطل إيلاؤه **على المذهب** ، والمراد : مجبوب كل الذكر كما قيد به في « المحرر »[(١)] ، أو لم يبق قدر الحشفة ، أما إذا بقي له قدرها . . صح إيلاؤه ، وقد تناوله إطلاق « المنهاج » المجبوب ، ولا يرد على « التنبيه » لأنه قادر ، ولا على « الحاوي » لأن وطأه مُمكن .

ويصح الإيلاء من الصغيرة **على الجديد** ، لكن لا تضرب المدة حتىٰ تدرك ، قاله الرافعي والنووي[(٢)] ، والإدراك في اللغة : البلوغ ، وبه عبر في « الكفاية » ، لكنها تضرب عند سن يحتمل الجماع كما ذكراه بعد ذلك ، فيحمل الإدراك على الوصول إلىٰ هـٰذا السن .

قال شيخنا الإمام البلقيني : فلو حلف أنه لا يطأ الصغيرة مدة يتحقق انقضاؤها قبل وصولها إلى الإمكان . . فينبغي ألاَّ ينعقد الإيلاء ، قال : ويدخل في العموم : المتحيرة ، والمُحْرِمة ، والمظاهَرُ منها قبل التكفير وإن طالت مدة الصوم ؛ لاحتمال حدوث اليسار ، وإن بَعُدَ مكان الإحرام من مكة ؛ لاحتمال التحلل ، والموطوءة بشبهة ، لكن لو كانت صغيرة بنت سبع فوطئها اثنان بشبهة وهي زوجة . . فعليها ستة أشهر للعدتين ، فلو حلف زوجها علىٰ ترك وطئها خمسة أشهر مثلاً . . لم يكن مولياً ؛ لتحقق انقضاء زمن الإيلاء مع قيام المانع ، قال : ولو حلف زوج المشرقية بالمغرب لا يطؤها . . كان مولياً ؛ لاحتمال الوصول علىٰ غير العادة ، ولا تضرب المدة إلا بعد الاجتماع ، قال : ولو آلىٰ مرتد أومسلم من مرتدة . . فعندي : ينعقد اليمين ، فإن جمعهما الإسلام في العدة وكان قد بقي من المدة أكثر من أربعة أشهر . . فهو مول ، وإلا . . فلا .

٤١٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٢] : (**وإن قال : « والله ؛ لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت . . فو الله لا وطئتك أربعة أشهر » وهـٰكذا مراراً . . فليس بمولٍ في الأصح**) ليس تكريره ذلك مراراً شرطاً في جريان الخلاف ؛ فالتصوير المذكور قبل قوله : (**وهكذا مراراً**) كافٍ ؛ ولذلك اقتصر عليه « التنبيه »[(٣)] ، ودل عليه قول « الحاوي » [ص ٥١٧] : (**أو أكثر من أربعة أشهرٍ في**

---

(١) المحرر (ص ٣٤٥) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/١٩٧) ، و« الروضة » (٨/٢٢٩) .

(٣) التنبيه (ص ١٨٤) .

يمينٍ) ، قال الإمام : وفي تأثيمه ـ تفريعاً **على الأصح** ـ احتمالان[1] ، **وصحح النووي** : التأثيم[2] .

قال في « المطلب » : فلو قال : (والله ؛ لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت . . فلا وطئتك أربعة أشهر) . . كان مولياً وجهاً واحداً لا يكاد يختلف فيه ؛ لأنها يمين واحدة اشتملت علىٰ أكثر من أربعة .

٤١٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٢] : **(ولو قال : « والله ؛ لا وطئتك خمسة أشهر ، فإذا مضت . . فو الله ؛ لا وطئتك سنة » . . فإيلاءان لكُلٍّ حُكْمُهُ)** كذا في « الروضة » وأصلها[3] ، لكن في « المحرر » : (ستة أشهر)[4] ، وكلاهما صحيح لا يختلف حكمه ، فإذا أريد موافقة « المنهاج » لـ« المحرر » . . فليقرأ : (ستة) بالتاء المثناة من فوق ؛ أي : ستة أشهر .

٤١٣١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : **(ولو قيد بمستبعد الحصول في الأربعة ؛ كنزول عيسىٰ عليه السلام . . فمولٍ)**[5] في مذاكرة أهل اليمن أنه ينبغي فيما إذا قال ذلك بعد خروج الدجال . . ألاَّ يكون مولياً ؛ لأن بين خروجه ونزول عيسىٰ عليه السلام أربعين يوماً ، وبهـٰذا القدر لا يكون مولياً .

قلت : هـٰذا صحيح إن قال في اليوم الثاني من أيام الدجال ، فإن قاله في اليوم الأول . . فينبغي أن يكون مولياً إن كان قد بقي أكثر من أربعة أشهر باعتبار الأيام المعهودة ؛ فإن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر : بأن اليوم الأول من أيامه كسنة ، والثاني كشهر ، والثالث كجمعة ، والباقي كالأيام المعهودة ، فسئل ذلك اليوم الذي كسنة يكفينا فيه صلاة يوم ؟ فقال : « لا ، اقدروا له قدره » ، والحديث في « صحيح مسلم »[6] ، فعلم حكم سائر الأمور من الصلاة ، والله أعلم .

٤١٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٤] : **(وإن قال : « لا وطئتك حتىٰ أمرض أو يموت فلان » . . لم يكن مولياً) الأصح** في قوله : **(حتىٰ يموت فلان)** : أنه مولٍ كما لو قال : (حتىٰ أموت أو تموتي) ، وعليه مشى « الحاوي »[7] ، وقد ترد صورة التقييد بالموت علىٰ قول « المنهاج » [ص ٤٣٢] : **(وكذا لو شك في الأصح)** .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٣٨٦) .

(٢) انظر « الروضة » (٨/٢٤٦) .

(٣) فتح العزيز (٩/٢٢٥) ، الروضة (٨/٢٤٦) .

(٤) المحرر (ص ٣٤٥) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٨٤) ، و« الحاوي » (ص ٥١٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٣٢) .

(٦) صحيح مسلم (٢٩٣٧) .

(٧) الحاوي (ص ٥١٧) .

٤١٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٢ ، ٤٣٣] : (**ولفظه صريح وكناية . فمن صريحه : تغييب ذكرٍ بفرجٍ ، ووطءٌ ، وجماعٌ وافتضاضُ بكرٍ**) فيه أمور :

أحدها : أن هـٰذه الصرائح منها ما لا يدين فيه ، وهو تغييب الذكر بالفرج . **ومنها** : ما يدين فيه ، وهو الوطء والجماع ، فلو قال : (أردت : الوطء بالقدم ، أو الاجتماع في مكان . . دُيِّنَ) ، فلو قال فيهما : (بذكري) . . فهما من القسم الأول ، وافتضاض البكر بالذكر من الأول ، وبغير ذِكْر (الذكر) من الثاني ، وقد صرح بذلك « التنبيه » ، إلا أن كلامه اقتضىٰ أنه لا تديين في الافتضاض وإن لم يقل : (بذكري)[1] ، وليس كذلك ، وفي « الحاوي » [ص ٥١٧] : (**كإيلاج وتغييب الحشفة في الفرج ، والنيك بلا تديينٍ**) ومقتضاه : التديين في غيرها ، ومنه افتضاض البكر ، لكنه لم يذكر من القسم الأول (لا أفتضك بذكري) .

ثانيها : لو عبر « المنهاج » و« التنبيه » : بتغييب الحشفة في الفرج كما فعل « الحاوي » . . لكان أحسن ؛ لأنه لو حلف علىٰ تغييب الذكر وغيبها فقط . . لم يحنث مع تحصيل المقصود ؛ ولهـٰذا لو حلف لا يستوفي الإيلاج . . لم يكن مولياً ، وقد صرح به « التنبيه » وغيره ، وجمع في « الروضة » بين الأمرين فقال : (لا أغيب في فرجك ذكري أو حشفتي)[2] .

ثالثها : بقي من الصرائح التي لا تديين فيها : النيك ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي »[3] ، وقيده في « المهذب » بالفرج[4] ، ومن الصريح التي يدين فيها : الإصابة ، وقد ذكره « الحاوي »[5] ، واستشكل شيخنا الإمام البلقيني : عدم التديين في القسم الأول ؛ لأنه قد يريد ألاَّ يفعل ذلك في غير المأتي ، قال : وإذا دين مع إلغاء الحقيقة الشرعية في قوله : (أنت طالق) ، وقال : (أردت من وثاق) . . فلأن يدين هنا أولىٰ ، قال : بل ينبغي أن يقبل منه في الظاهر ؛ لأن غايته تخصيص .

٤١٣٤ـ قول « التنبيه » في الكنايات [ص ١٨٤] : (**لتَطُولَنَّ غيبتي عنك**) و« الحاوي » [ص ٥١٧] : (**أَبْعُد عنك**) يشترط فيهما مع نية الوطء : نية مدة الإيلاء أيضاً .

٤١٣٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥١٨] : (**و لو قال : « عن ظهاري إن ظاهرت » . . فليس بمولٍ حتىٰ يُظاهر**) خرج بقوله : (**عن ظهاري**) ما لو اقتصر علىٰ

---

(١) التنبيه (ص ١٨٣) .
(٢) الروضة (٨/ ٢٥٠) .
(٣) التنبيه (ص ١٨٣) ، الحاوي (ص ٥١٧) .
(٤) المهذب (٢/ ١٠٦) .
(٥) الحاوي (ص ٥١٧) .

قوله : (**إن ظاهرت**) ، وقد حكىٰ في « أصل الروضة » عن المتولي : أنه مولٍ في الحال[1] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه ليس بالصحيح ، وفي كلام الرافعي ما ينبه علىٰ ذلك ، وهو قوله : وهو كما تقدم أنه لو قال : (إن وطئتك . . فعبدي حر بعد سنة) . . يكون مولياً في الحال ، قال شيخنا : وقد تقدم أن الأوجه في هـٰذه الصورة : أنه لا يكون مولياً في الحال .

٤١٣٦ـ قولهما أيضاً : (**ولو قال : « والله لا أجامع كل واحدةٍ منكنَّ » . . فمولٍ من كل واحدةٍ**)[2] قد يفهم أنه لو وطيء واحدة . . لم تنحل اليمين ولم يرتفع الإيلاء في الباقيات ، وبه صرح الإمام ؛ وعلله : بأن صيغته تتضمن تخصيص كل منهن بالإيلاء علىٰ وجه لا يتعلق بصواحبها ، وكأنه قال : (والله ؛ لا أجامع هـٰذه ، ووالله ؛ لا أجامع هـٰذه) إلىٰ آخرهن ، لكن **الأصح عند الأكثرين** : انحلال اليمين وارتفاع الإيلاء في الباقيات كما لو قال : (لا أجامع واحدة منكن)[3] .

قال الرافعي : ولك أن تقول : إن أراد الحالف : المعنى الذي قاله الإمام . . **فالوجه** : بقاؤه في حق الباقيات ، وإلا . . فليكن كقوله : (لا أجامعكن) فلا حنث إلا بوطء جميعهن ، وفي كونه مولياً في الحال الخلاف السابق . انتهىٰ[4] .

ومنع ذلك شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : الحلف الواحد على المتعدد يوجب تعلق الحنث بأي واحد وقع ، فاليمين الواحدة لا يتبعض فيها الحنث ، ومتىٰ حصل فيها حنث . . حصل الانحلال ، قال : وقد ذكر ذلك الروياني في « البحر » ، وقال : إنه ظاهر مذهب الشافعي . انتهىٰ[5] .

ولم يذكر « التنبيه » هـٰذه الصورة ، وإنما ذكر ما إذا قال : (والله ؛ لا أصبت واحدة منكن) ، وقال : (**وإن قال : « أردت واحدة بعينها » . . قُبل**)[6] ، وذكرهما « الحاوي » وقال في الثانية [ص ٥١٩] : (**وإن أراد مبهمة . . عيّن**) فظهر مخالفة (**لا أصبت واحدة**) لقوله : (**لا أصبت كل واحدة**) في قبول قوله : (**أردت واحدة فقط**) فإن أراد معينة . . بيّن ، أو مبهمة . . عيّن .

٤١٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٤] : (**وإن قال : « إن أصبتك . . فأنت طالق » ، ثم قال لأخرىٰ : « أشركتك معها » . . صار مولياً من الثانية**) محله : ما إذا قصد تعليق طلاق الثانية بوطئها نفسها ، فلو نوىٰ تعليق طلاق الأولىٰ بوطء الثانية معها ، أو نوىٰ طلاق الثانية بوطء الأولىٰ معها . . فلا إيلاء

---

(١) الروضة (٨/٢٢٣) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٥١٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٣٣) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٤٣٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٢١٤) .
(٥) بحر المذهب (١٠/٢٥٢ ، ٢٥٣) .
(٦) التنبيه (ص ١٨٤) .

من الثانية ، وكلامه في الأولىٰ لغو ؛ لصدوره بعد كمال التعليق ، وفي الثانية معمول به ، ولو نوىٰ تعليق طلاق الأولىٰ بوطء الثانية وحدها . . فقد علقه بصفتين ، كل واحدة منهما مستقلة به ، فيصير مولياً من الثانية أيضاً ، كما ذكره الشيخ أبو حامد في « تعليقه » ، ولم يتعرض الرافعي والنووي لهـٰذه الصورة .

٤١٣٨ـ قوله فيما إذا قال : (إن أصبتك . . فو الله لا أصبتك) : (**وفيه قول آخر : أنه يكون مولياً في الحال**)[1] **الأصح** كما قال الرافعي والنووي : القطع بخلافه .

٤١٣٩ـ قوله : (**وإن قال : « والله لا أصبتك إن شئت » فقالت في الحال : « شئت » . . صار مولياً**)[2] شرطه : أن تكون مكلفة .

فصل

[فيما يترتب علىٰ صحة الإيلاء]

٤١٤٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٤] : (**وإذا صح الإيلاء . . ضربت له مدة أربعة أشهر**) قد يفهم توقف ذلك علىٰ ضرب القاضي ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٣٣] : (**يمهل أربعة أشهر بلا قاض**) و« الحاوي » [ص ٥١٩] : (**فإن مضت**) إلىٰ أن قال : (**طالبته**) وأراد « التنبيه » بالضرب : الإمهال ، وقد يفهم كلامه أن ابتداءها من الإيلاء مطلقاً ، وهو كذلك في غير الرجعية ، أما فيها : فمن وقت الرجعة ، وقد صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[3] .

٤١٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٤] : (**فإن كان هناك عذر من جهتها ؛ كالمرض** ـ أي : الذي يمنع الوطء ـ **والحبس** ـ أي : حيث يتعذر الوصول إليها ـ **والإحرام** ـ أي : بالفرض كما في « التتمة » ـ **والصوم الواجب ، والاعتكاف ، والنفاس . . لم تحسب المدة**) ما ذكره في النفاس ظاهر كلام « الكفاية » : أنه **المشهور** ، وهو المفهوم من اقتصار « المنهاج » و« الحاوي » على الحيض[4] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **صححه** الماوردي والروياني[5] ، وله قوة ، **وهو الأصح** ، وحكى الرافعي عن تصحيح البغوي : أنه لا يمنع احتساب المدة كالحيض ، **وصححه** في « الشرح الصغير » و« أصل الروضة » و« تصحيح التنبيه »[6] ، وفي قطع الرافعي والنووي بأن الحيض لا يمنع احتساب

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٤) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٤) .

(٣) الحاوي (ص ٥١٩) ، المنهاج (ص ٤٣٣) .

(٤) الحاوي (ص ٥١٩) ، المنهاج (ص ٤٣٤) .

(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/٣٩٣ ، ٣٩٤) ، و« بحر المذهب » (١٠/٢٦٢) .

(٦) الروضة (٨/٢٥٣) ، تصحيح التنبيه (٢/٧٩) .

المدة نظر ؛ فإن في « الذخائر » عن بعض الأصحاب : أنه إذا قارن ابتداء المدة . . منع الاحتساب ، وأنه حمل عليه نص « المختصر » ، نقله عنه ابن الرفعة[1] .

٤١٤٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٩] : (**ولم تنحل بزوال ملك العبد ، ولم يطأ . . طالبته**) فيه أمران :

أحدهما : لا يختص ذلك بزوال ملك العبد ، بل هو مثال ، وضابطه : زوال المحذور الملتزم عتقاً أو بينونة أو غيرهما .

ثانيهما : أنه يوهم أن اليمين لا تنحل بالوطء ، وليس ذلك مراده ، وإنما مراده : أن من شرط المطالبة : ألاَّ يطأها في المدة ، فإن وطئ . . انحلت اليمين وسقطت المطالبة ، فلو قال : (والوطء) عطفاً علىٰ زوال الملك . . لكان أحسن ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٣٤] : (**فإن وطئ في المدة ، وإلا . . فلها مطالبته**) .

٤١٤٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**فإذا انقضت المدة . . وُقِفَ وطولب بالفيئة**) ثم قال : (**وإن لم يفئ . . طولب بالطلاق**) صريح في أنه يطالب بالفيئة عيناً ، فإن امتنع . . طولب بالطلاق ، وكذا في « الوجيز »[2] و« الحاوي » فقال [ص ٥١٩] : (**طالبته به لا غيرٌ**) ، ويوافقه ما حكاه الرافعي عن المتولي : أنه ليس لها المطالبة بالطلاق ابتداء ؛ لأنه ليس بحق لها ، وإنما حقها الاستمتاع ، ثم قال الرافعي بعد هـٰذا : إنها تطالب بالفيئة أو الطلاق ، وحكىٰ عن الإمام : أنه ليس لها توجيه الطلب نحو الفيئة وحدها ؛ فإن النفس قد لا تطاوع ، بل يجب أن تكون المطالبة مترددة[3] ، واقتصر في « الروضة » علىٰ هـٰذا الكلام الثاني وأسقط الأول[4] ، وعكس في « الشرح الصغير » ، واعتمد « المنهاج » الثاني فقال [ص ٤٣٤] : (**فلها مطالبته بأن يفيء أو يطلق**) وتبعه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » ، وعبر عنه بالصواب[5] ، وهو عجيب ! ؛ فقد عرفت وجود الخلاف في ذلك ، بل المطالبة بالفيئة عيناً ثم بالطلاق عيناً هو القياس في منع الدعوى المرددة ، والعجب أنه في « المهمات » لما ذكر أن الرافعي في « الشرح الصغير » اقتصر علىٰ ذكر المطالبة بالفيئة أولاً ولم يذكر الكلام الثاني . . قال : وهو يبين لك أن العمدة علىٰ غير المذكور في « الروضة » . انتهىٰ .

فكيف جعل في تصحيحه المذكور في « الروضة » صواباً ومقابله خطأ ؟! وفهم من تعبير « المنهاج » و« الحاوي » : أن المطالبة للزوجة لا لولي المراهقة والمجنونة وسيد الأمة ، وهو

---

(١) مختصر المزني (ص ٢٠٠) .
(٢) الوجيز (٢/ ٨٠) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٢٣٨ ، ٢٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٤٥٢) .
(٤) الروضة (٨/ ٢٥٥) .
(٥) تذكرة النبيه (٣/ ٣٣٠) .

كذلك ، بل صرح به « الحاوي » بقوله [ص ٥١٩] : (**لا غيرٌ**) أي : لا غيرها كما شرحوه عليه ، وقول « التنبيه » : (**وُقِف**) قال ابن يونس : لم تظهر لي فائدته ، وقال غيره : هو زيادة إيضاح وبيان أن لها وقفه ومرافقته ، ولم يذكره في « المهذب » .

٤١٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٤] : (**ولو تركت حقها . . فلها المطالبة بعده**) محله : ما إذا لم تنقض مدة اليمين .

٤١٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**فإن جامع ، وأدناه أن يغيب الحشفة في الفرج . . فقد أوفاها حقها**) فيه أمور :

أحدها : المراد بالفرج في عبارته وعبارة « الحاوي » : القبل ، كما عبر به « المنهاج »[(١)] ، فهو أحسن من تعبير « المحرر » بـ(الفرج)[(٢)] ، وهـٰذا من المواضع التي يفارق حكم الدبر فيها القبل ، ومنها : الحل ، والتحليل ، والإحصان ، والتعيين ، وتغيير إذن البكر ، وإيجاب الغسل بخروج المني من دبر المرأة بعد جماعها ، وثبوت النسب ، وكون الطلاق بدعياً فيما إذا طلقها في طهر وطئها فيه في الدبر ، وفي كون المفعول به في الدبر إذا كان صائماً في نهار رمضان لا كفارة عليه قطعاً وفي القبل خلاف ، ولا يرجم المفعول به مع الإحصان ، بل يجلد ، بخلاف القبل ، ولا يكون الخارج منه حيضاً ، بخلاف القبل ولا يحل النظر إلىٰ دبر الزوجة ـ كما قال الدارمي في « الاستذكار » ـ وإن جاز النظر إلىٰ قبلها ، فهـٰذه ثلاث عشرة مسألة .

قال في « المهمات » : وما ذكروه من عدم الفيئة بالإتيان في الدبر غير صحيح ؛ لأنه إذا حلف علىٰ ترك الوطء . . حنث بالوطء في الدبر ، فتنحل اليمين وتسقط المطالبة ، كما لو ماطلها حتى انقضت مدة الحلف . . فإن المطالبة تسقط ، قال : وينبغي فرضها في الحلف علىٰ ترك الوطء في القبل .

قلت : هـٰذا تنبيه حسن ؛ لكن لا يقال : إن ما ذكروه غير صحيح ؛ فإنه لا يلزم من سقوط المطالبة حصول الفيئة الذي عبر به « المنهاج » و« الروضة » وأصلها ، ولا إيفاؤها حقها الذي عبر به « التنبيه » .

نعم ؛ عبر « الحاوي » بقوله [ص ٥٢٠] : (**وتسقط بتغييب الحشفة في الفرج**) فلا ينبغي حمل الفرج في عبارته على القبل كما قررناه أولاً ؛ لما عرفته من سقوط المطالبة بالتغييب في الدبر أيضاً ؛ لانحلال اليمين .

ثانيها : أورد في « الكفاية » على « التنبيه » : أن مقتضاه : أنها لو نزلت عليه وهو نائم

---

(١) الحاوي (ص ٥٢٠) ، المنهاج (ص ٤٣٤) .
(٢) المحرر (ص ٣٤٧) .

فاستدخلت ذكره.. لا تحصل الفيئة ؛ لأنه نسب الفعل إليه ، ولم يوجد منه ، وهو وجه ، **والأصح** : الحصول .

قلت : هـٰذا مبني علىٰ أن لفظة : (**يُغيب**) بضم الياء المثناة من تحت أوله ، وفاعله ضمير يعود على المولي ، وقوله : (**الحشفة**) منصوب على المفعولية ، فحينئذ.. يكون نسب الفعل إليه ، والذي نحفظه من لفظة : (**تغيب**) بفتح التاء المثناة من فوق ، وقوله : (**الحشفة**) مرفوع على الفاعلية ، فليس فيه نسبة الفعل إليه ، وهو حينئذ ؛ كتعبير « المنهاج » و« الحاوي » بـ (**تغييب الحشفة**)[1] ، وزاد « الحاوي » التصريح بالمسألة ، فقال [ص ٥٢٠] : (**ولو نزلت عليه**) .

ثالثها : يرد علىٰ تعبيرهم بـ (**الحشفة**) : تغييب قدرها من مقطوعها .

رابعها : مقتضىٰ كلامهم : الاكتفاء بذلك في حق البكر وإن لم يفتضها ، قال في « الكفاية » : ومن شرط في البكر إذهاب العذرة كما نص عليه الشافعي.. فذاك ؛ لأن تغييب الحشفة لا يمكن غالباً إلا به ، قال : وقد صرح بما أشرت إليه ابن الصباغ والمحاملي وغيرهما .

٤١٤٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٠] : (**ولو نزلت عليه ، وأُكره ، وجُنَّ ، بلا حنثٍ وانحلالٍ**) أي : في الصور الثلاثة ، ولو اقتصر علىٰ أحد اللفظين.. لكان أولىٰ ؛ للزوم عدم الانحلال عدم الحنث .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم يفرقوا بين أن يكون نائماً أو عالماً ساكتاً ، وصرح به المتولي ، وهو مقتضىٰ كلام الأصحاب ؛ وكأنهم بنوه علىٰ أن حقيقته منع أن يفعل بنفسه ولم يوجد ذلك ، فلو قال : (لا يغيب) ، أو (لا يدخل ذكري في فرجك).. امتنع تصوير مسألة المستيقظ على التفريع المذكور ، ثم استشكل شيخنا المذكور حصول الفيئة مع عدم انحلال اليمين ؛ لأن اليمين إذا كانت قائمة.. فالزوج خائف من أن يطأ.. فيلزمه المحذور من كفارة أو غيرها .

ثم أجاب عنه : بأن حكم الإيلاء يسقط بدخول الذكر ، ولا يتكرر حكمه ، وقال شيخنا : المذكور فيما لو وطىء وهو مجنون لو أفاق بعد ذلك.. صار ممتنعاً من الوطء خوفاً من لزوم الكفارة ، فتطالبه بالوطء بعد أربعة أشهر ، فإن وطء ، وإلا.. أُمر بالطلاق ، قال : وليس لنا موضع يطالب فيه بوطء بعد وطء إلا في المجنون والمكره والنائم والناسي . انتهىٰ .

٤١٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٤] : (**ولا مطالبة إن كان بها مانع ؛ كحيضٍ ومرضٍ ، وإن كان فيه مانعٌ طبعيٌ ؛ كمرض.. طُولب**) يعتبر في المرض القائم بها : ألاَّ يمكن معه الوطء ، ولا يشترط ذلك في مرضه ، بل لو خاف من الوطء زيادة العلة أو بُطء البرء.. كان كعجزه عنه ، ولم يمثل « التنبيه » و« الحاوي » هنا المانع به والمانع بها .

---

(١) الحاوي (ص ٥٢٠) ، المنهاج (ص ٤٣٤) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : جزم الرافعي والنووي في خائف زيادة العلة أو بطء البرء أنه يفيء باللسان ، فنقلاه إلى البدل جزماً[1] ، وحكوا الخلاف في نظيره من التيمم مع أن الصلاة حق لله تعالىٰ ، وهي تتكرر وليس هناك أصل آخر يعدل إليه ، وفي الإيلاء الحق لآدمي وهو المرأة ، وهو غير متكرر فيه أصل آخر يعدل إليه وهو الطلاق ، قال : وكلام الشافعي في « الأم » يقتضي أن بطء البرء ونحوه لا ينتقل للفيئة باللسان ؛ فإنه قال : فإن كان يقدر على الجماع بحالٍ . . فلا فيء له إلا فيء الجماع ، وإن كان لا يقدر عليه . . فاء بلسانه[2] ، قال شيخنا : وكان الفرق أنه في الإيلاء لا يفوت الأصل بالكلية ؛ بدليل : أنه متىٰ قدر . . طولب بالوطء ، بخلاف نظيره في (التيمم) .

٤١٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**وإن كان العذر فيه . . فاء فيئة معذور ، وهو أن يقول : « لو قدرت . . لفئت »**) اكتفاؤه في الفيئة بهٰذا الكلام ، قال في « الكفاية » : لم أره لغيره ، إلا فيما لا يزول كالجب علىٰ ما حكاه الإمام ، ثم ضعفه الإمام وقال : إنه عبث ؛ إذ لا فائدة في إمهال المجبوب[3] ، وفي « المنهاج » [ص ٤٣٤] : (**بأن يقول : « إذا قدرت . . فئت »**) ، وهو الذي اعتبره في « الروضة » وأصلها ، ثم قالا : واعتبر الشيخ أبو حامد أن يقول مع ذلك : (ندمت علىٰ ما فعلت)[4] .

وفي « الكفاية » : أن المحاملي زاد أيضاً : (لو قدرت . . لفئت) ، ونقل شيخنا الإمام البلقيني عن تعليق الشيخ أبي حامد اعتبار الأمور الثلاثة أيضاً ، قال في « الكفاية » : واعتبر الإمام الأول والثالث ، وأما اعتبار الثالث وحده : فليس إلا في « التنبيه » ولهٰذا قال شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » : **والصواب** في فيئة المعذور : أنه لا يقول : (لو قدرت . . لفئت) ، بل يَعِدُها في المستقبل فيقول : (إذا قدرت . . فئت) . إلىٰ آخر كلامه[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن الذي في « التنبيه » قريب لا ينكر ؛ لأنه يصير بالقرينة مصروفاً للمستقبل ونادماً على الماضي ، قال تعالىٰ : ﴿ وَلَوْ ءَامَنَ أَهْلُ ٱلْكِتَٰبِ لَكَانَ خَيْرًا لَّهُم ﴾ ، والمراد : حصول الإيمان من غير نظر إلى الماضي .

٤١٤٩ـ قول « التنبيه » في المظاهر [ص ١٨٥] : (**فإن قال : « أمهلوني حتىٰ أطلب رقبة فأعتق ثم أطأها » . . أنظر ثلاثة أيام**) كذا لو كان يكفر بالإطعام ، وهٰذا بخلاف الصوم ؛ لطول المدة ، ولو قال : (إلىٰ ثلاثة أيام) . . لكان أولىٰ ؛ لأنه يجوز النقص بحسب الحاجة .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٢٣٩) ، و« الروضة » (٨/ ٢٥٤) .
(٢) الأم (٥/ ٢٧٥) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٤٦٩) .
(٤) فتح العزيز (٩/ ١٩٧) ، الروضة (٨/ ٢٥٤) .
(٥) تذكرة النبيه (٣/ ٣٢٩) .

٤١٥٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥١٩] : (**فإن أبىٰ** ـ أي : الوطء المذكور في قوله : « **طالبته به** » ـ . . **طَلَّق القاضي**) يقتضي أنه لا يأمره بالطلاق ، وليس كذلك ، بل لا يطلق إلا بعد أمره بالطلاق وامتناعه منه ؛ ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**وإن لم يف . . طولب بالطلاق**) ثم قال : (**فإن لم يطلق . . ففيه قولان**) وأما « المنهاج » : فإنه جعل المطالبة أولاً بالفيئة أو الطلاق كما تقدم ، ثم قال [ص ٤٣٤] : (**وإن أبى الفيئة والطلاق . . فالأظهر : أن القاضي يطلق عليه**) ولم يفصح عن مقابله ، وهو أنه يجبر عليه ، وقد صرح به « التنبيه »[1] .

٤١٥١ـ قوله : (**وإن لم يراجع حتى انقضت العدة وبانت ثم تزوجها . . فهل يعود الإيلاء على الأقوال الثلاثة التي ذكرناها في الطلاق ؟**)[2] تقدم أن **الأصح** منها : عدم العود ، ثم إن هـٰذا الخلاف إنما تظهر ثمرته في توجه مطالبتها ، أما الحنث . . فلا خلاف في أنه يحنث به .

٤١٥٢ـ قوله : (**وإن لم يكن عذر يمنع الوطء فقال : (أنظروني) . . أنظر يوماً أو نحوه في أحد القولين ، وثلاثة أيام في القول الآخر**)[3] **الأظهر** : الأول ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » عطفاً علىٰ ما عبر فيه بالأظهر [ص ٤٣٤] : (**وأنه لا يمهل ثلاثة**) وكذا في « الحاوي »[4] ، ومحله : ما إذا لم يكن عذر ، كما صرح به « التنبيه » .

٤١٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٤] : (**وأنه إذا وطىء بعد مطالبةٍ . . لزمه كفارة يمين**) يقتضي أنه إذا وطىء بدون مطالبة . . يلزمه الكفارة قطعاً ، ولم يتعرض في « الروضة » وأصلها للإفصاح عن هـٰذا التفريع ، وحكىٰ في « الكفاية » فيه طريقين : الوجوب قطعاً ، وطرد الخلاف ، والثانية هي مقتضىٰ كلام « التنبيه » فإنه قال [ص ١٨٥] : (**وإذا جامعها ؛ فإن كانت اليمين بالله تعالىٰ . . لزمته الكفارة في أصح القولين**) ولم يقيد ذلك بما إذا كان بعد الطلب ، ومقتضىٰ كلام « الكفاية » : ترجيح التسوية أيضاً .

٤١٥٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**وإن كانت اليمين علىٰ صوم أو عتق . . فله أن يخرج منه بكفارة يمين وله أن يَفِيَ بما نذر**) هو نذر لجاج ، وسيأتي إيضاحه في النذور بما فيه من اختلاف الترجيح ، ولو عبر بقوله : (علىٰ قربة) . . لكان أعم وأخصر ، ثم هـٰذا إذا كان العتق بصيغة الالتزام ؛ مثل : (إن وطئتك . . فعلي عتق عبد) ، فإن كان بتعليق ؛ مثل : (إن وطئتك . . فعبدي حر) . . فإنه يعتق بالوطء[5] .

---

(١) التنبيه (ص ١٨٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٥) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٨٥) .
(٤) الحاوي (ص ٥٢٠) .
(٥) في (ج) : (قال في « الكفاية » : كما تطلق زوجته إذا حلف بطلاقها) .

٤١٥٥ـ قوله : (**وإن كانت بالطلاق الثلاث.. طلقت ثلاثاً ، وقيل : إن كانت اليمين بالطلاق.. لم يجامع**)[١] قيد ابن الرفعة الطلاق المذكور ثانياً بكونه ثلاثاً ، وقال : إنما قلنا ذلك وإن كان الاستمتاع بالرجعية حرام ؛ لأنه قال من بَعْدُ : إنه يُحَد علىٰ رأي إذا فعله بعد ما نزع ، والرجعي لا خلاف فيه مع أن غيره صرح بأن محل الخلاف في الثلاث . انتهىٰ .

وحذف ابن يونس في « النبيه » لفظ الثلاث من الأولىٰ ، وعلله في « التنويه » : بأنه لا يشترط في تصوير المسألة أن يكون الطلاق بائناً .

٤١٥٦ـ قوله : (**فإن جامع.. لزمه النزع ، فإن استدام.. لزمه المهر**)[٢] صحح الرافعي والنووي : عدم لزوم المهر[٣] .

٤١٥٧ـ قوله : (**فإن أخرجه ثم عاد.. لزمه المهر**)[٤] محله : ما إذا كان عالماً بالتحريم وهي جاهلة أو عالمة ولم تقدر علىٰ دفعه ، فأما إذا علمت وقدرت علىٰ دفعه.. فلا مهر لها ؛ لأنها زانية .

٤١٥٨ـ قوله : (**وقيل : يلزمه الحد ، وقيل : لا يلزمه**)[٥] **الأصح** : الأول ، وعبارة النووي في « تصحيحه » : **والأصح** : أنه إذا نزع ثم أولج عالمين بالتحريم.. وجب عليهما الحدّ ولا مهر ، وإن جهلا.. وجب المهر ولا حدّ ، وإن علم وجهلت ، أو عجزت عن دفعه.. وجب المهر ، **والمرجح** : أنه يُحَدُّ ، وإن علمت وقدرت علىٰ دفعه وَجَهِلَ.. **فالمرجح** : أنها تُحدّ ولا مهر . انتهىٰ[٦] .

قال في « التوشيح » : لم يبين مع عده هٰذه الصور كلها مراد الشيخ منها ؛ كأنه رآه واضحاً ، وقال في « الكفاية » : مراده : إذا كان عالماً بالتحريم وهي جاهلة أو عاجزة عن الدفع .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٥) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٢٠٧) ، و« الروضة » (٨/٢٣٤) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٨٥) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٨٥) .
(٦) تصحيح التنبيه (٢/٨١) ، وما ذكره المصنف هو نص الإسنوي في « تذكرة النبيه » (٣/٣٣١) ، أما نص النووي في « تصحيحه » : (وإن علم وجهلت ، أو عجزت عن دفعه.. وجب المهر ، **والأصح** : أنه لا تحد ، وإن علمت وقدرت علىٰ دفعه وجهل.. **فالأصح** : أنها تحد ولا مهر) .

كتاب الظهار

٤١٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**والظهار : هو أن يشبه امرأته**) كذلك جزؤها كالشعر **على الجديد** ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٢١] : (**تشبيه المكلف غير البائنة وجزءها كالشعر**) ، وهو أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٣٥] : (**وقوله : « رأسك أو ظهرك أو يدك عليّ كظهر أمي » ظهارٌ في الأظهر**) .

٤١٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**بظهر أمه أو بعضو من أعضائها**) يشمل عضواً يذكر للتكريم كالعين ، وكذا الرأس **في الأصح** ، **والأصح** : أنه كناية ، وعليه مشى « الحاوي »[1] ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٣٥] : (**وكذا « كعينها » إن قصد ظهاراً ، وإن قصد كرامةً . . فلا ، وكذا إن أطلق في الأصح**) وقول شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » : **الأصح** : عدم صحة الظهار بقوله : (كعين أمي)[2] يقتضي أنه لا يصح صريحاً ولا كناية ، وليس كذلك كما تقدم ، وكيفية نية الكناية هنا : أن ينوي أنها كعين أمه في التحريم ، وتعبير « التنبيه » بالعضو يخرج الشعر ونحوه ، وليس كذلك ؛ ولذلك عبر « الحاوي » بجزء ، وهو متناول له .

٤١٦١ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٥] : (**فيقول : « أنت عليّ كظهر أمي »**) يقتضي أنه لا بد في الصراحة من ذكر الصلة ، وليس كذلك ، فلو قال : (أنت كظهر أمي) . . كان صريحاً ، كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، ويدخل في الأم الجدات وإن علون من الجهتين ، وصرح به « المنهاج » فقال [ص ٤٣٥] : (**والتشبيه بالجدة ظهارٌ**) .

٤١٦٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**وإن شبهها بامرأة حرمت عليه بمصاهرة أو رضاع**) إلىٰ أن قال : (**وإن لم تحل له أصلاً . . فعلىٰ قولين**) **الأظهر** : أنه مظاهر ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٣٥] : (**والمذهب : طرده في كل مَحْرَمٍ لم يطرأ تحريمها**) وعبارته تقتضي طرد الطرق في محارم النسب كالأخت والعمة ، ولم يحك في « الروضة » وأصلها فيهن إلا قولين ، والطرق إنما هي في محارم الرضاع والمصاهرة ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٢١] : (**بجزء محرم أنثىٰ لم تكن حلاً**) .

---

(١) الحاوي (ص ٥٢١) .

(٢) تذكرة النبيه (٣/ ٣٣٢) .

(٣) الحاوي (ص ٥٢١) ، المنهاج (ص ٤٣٥) .

٤١٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**فإن قال : « إذا تظاهرت من فلانة . . فأنت عليّ كظهر أمي » وفلانة أجنبية ، فتزوجها ثم ظاهر منها . . صار مظاهراً من الزوجة**) مفهومه أنه لو خاطبها بظهار وهي أجنبية . . لم يصر مظاهراً من الزوجة ، وهو كذلك إلا أن يريد اللفظ ، كما صرح به «المنهاج»[(١)] .

٤١٦٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**وإن قال : « إذا تظاهرت من فلانة الأجنبية . . فأنت علي كظهر أمي » ثم تزوجها وظاهر منها . . فقد قيل : يصير مظاهراً من الزوجة ، وقيل : لا يصير ، وهو الأصح**) **الأصح** : الأول ، وهو أنه يصير مظاهراً ، ويحمل قوله : (**الأجنبية**) على التعريف لا الشرط ، وعليه مشى « المنهاج »[(٢)] .

٤١٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**وإن قال : « أنت طالق كظهر أمي » ، وقال : « أردت الطلاق والظهار » فإن كان الطلاق رجعياً . . صارت مطلقة ومظاهراً منها**) محله : ما إذا أراد الطلاق بـ (أنت طالق) والظهار بـ (كظهر أمي) ، فإن عكس ، أو نواهما بمجموع كلامه . . طلقت ، ولا ظهار ، ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[(٣)] .

٤١٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**وإن قال : « أنت علي حرام كظهر أمي » ونوى الطلاق والظهار . . كان طلاقاً وظهاراً**) محله : ما إذا أراد الطلاق بقوله : (**أنت علي حرام**) والظهار باللفظ الثاني كما تقدم في نظيره ؛ فإن عكس . . حصل الظهار قطعاً ، ولا تطلّق **على الصحيح** ، وإن نواهما بمجموع كلامه أو بقوله : (**أنت علي حرام**) . . لم يثبتا معاً ، بل الظهار علىٰ وجه والطلاق علىٰ وجه ، **والصحيح** ـ وبه قال ابن الحداد والجمهور ـ : أنه يتخير فيثبت ما اختاره منهما ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : الذي رأيته في كلام ابن الحداد في « الفروع » إنما هو في صورة : (**أنت عليّ حرام**) ، أما مع قوله : (**كظهر أمي**) . . **فالأصح عندي** ـ والله أعلم ـ : أنه يكون مظاهراً ؛ لأن النيتين تعارضتا فتساقطتا وبقي اللفظ علىٰ مقتضاه لو لم تكن نية ، **والأصح** فيه : أنه يكون مظاهراً . انتهىٰ .

وقيد في « الكفاية » حصول الظهار بما إذا كان الطلاق رجعياً كما قيده « التنبيه » و« المنهاج » في قوله [ص ٤٣٦] : (**أنت طالق كظهر أمي**) ولعل السكوت عنه هنا ؛ لفهمه مما تقدم علىٰ أنه اعترِض تقييدهما هناك بعدم الاحتياج إليه ؛ لما تقرر من أن البائن لا يلحقها طلاق ولا ظهار .

---

(١) المنهاج (ص ٤٣٥) .
(٢) المنهاج (ص ٤٣٦) .
(٣) الحاوي (ص ٥٢١) ، المنهاج (ص ٤٣٦) .



[في العود]

٤١٦٧- قولهما - والعبارة لـ« التنبيه » - : (**والعود : هو أن يمسكها بعد الظهار زماناً يمكنه أن يطلق فيه فلا يطلق**)[١] فيه أمران :

أحدهما : أن محل ذلك : في غير الرجعية وفي غير الظهار المؤقت ؛ فالعود في الرجعية بالرجعة وفي الظهار المؤقت بالوطء في المدة ، وقد ذكرهما « التنبيه » بعد ذلك ، إلا أنه صحح في الظهار المؤقت : أنه كغيره كما سيأتي ، وذكر « المنهاج » بعد ذلك الظهار المؤقت ، وذكرهما « الحاوي » هنا ، فقال عطفاً علىٰ (أمسكها) [ص ٥٢٢] : (**أو راجع ، أو وطىء في مدة المؤقت**) .

ثانيهما : يستثنىٰ من كلامهم جميعاً : ما إذا كرر لفظ الظهار وقصد به التأكيد . . **فالأصح** : أنه ليس بعود مع أنه كان يمكن الإتيان بلفظ الطلاق بدل التأكيد .

٤١٦٨- قول « الحاوي » [ص ٥٢١] : (**وعقيب المعرفة إن علّق بفعل غيرٍ**) أي : إنما يكون الإمساك عوداً فيما إذا علق الظهار بفعل غيره بعد معرفته بوجود المعلق عليه ، فإذا وجد ولم يعرف هو به . . فلا عود ، وهـٰذا بخلاف ما إذا علقه بفعل نفسه ونسي على المشهور ؛ لأنه بسبيل من أن يتذكر تصرفه فلا يعذر في نسيانه ، وعن صاحب « التهذيب » وغيره : تخريج الصورتين علىٰ حنث الناسي والجاهل[٢] .

قال الرافعي : وهـٰذا أحسن ، وهو الذي أورده صاحب « التتمة »[٣] .

واعترضه في « الروضة » : بأن الذي ذكره في « التتمة » في التعليق بفعل غيره . . أنه لا يصير عائداً على المذهب ، ثم قال : وقيل : يخرج على الناسي ، قال : والفرق أن الشخص يشتبه عليه فعل غيره ، وقلّ ما يشتبه عليه حال نفسه . انتهىٰ[٤] .

ونقل الرافعي في أواخر الباب الأول : فيما لو علق الظهار علىٰ دخولها الدار ، فدخلت وهو مجنون أو ناس . . عن ابن القطان تخريجه على الخلاف ، وعن ابن كج أنه قال : عندي أنها تلزم بلا خلاف ، وإنما يؤثر الإكراه والنسيان في فعل المحلوف علىٰ فعله ، قال الرافعي : وهـٰذا هو الوجه . انتهىٰ[٥] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٣٦) .

(٢) التهذيب (٦/ ١٦٠) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٢٧٤) .

(٤) الروضة (٨/ ٢٧٣) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٢٦١ ، ٢٦٢) .

وعبر في « الروضة » بأنه الصواب[1] ، وهٰذا مخالف لما صدر به كلامه هناك من الجزم بعدم العود ، ولما استحسنه من التخريج على الخلاف ، إلا أن يقال : الكلام هناك في الجهل بوجود المعلق عليه ، وهنا في نسيان الظهار ، لكن المدرك واحداً ؛ فلذلك عده شيخنا الإسنوي في « المهمات » وشيخنا الإمام البلقيني اختلافاً ، ورد شيخنا الإمام البلقيني ما قال الرافعي : أنه الوجه ، والنووي : أنه الصواب ، وقال : إنه مخالف للمنقول والمعنىٰ ، قال : **والصواب** : القطع بأنه لا يكون عائداً .

٤١٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**فإذا وجد ذلك . . وجبت الكفارة واستقرت**) قال في « الكفاية » : احترز بهٰذه التتمة عن مذهب أبي حنيفة ؛ فإنها عنده لا تستقر في الذمة .

قال النشائي : لكن قوله : (**وجبت**) تكرار[2] ، وقال بعضهم : يجوز أن يحترز بها عن أحد القولين في المعسر ، لكن **الأصح** : استقرارها في ذمته .

وقال في « التوشيح » : ويمكن أن يقال : أفهم قوله : (**وجبت**) بعد صيغة (إذا) التي فيها معنى الشرط : أن وجوب الكفارة على الفور ، وقد تضمن كلام الرافعي أنها على التراخي ، وقول القفال : (إن كل كفارة سببها معصية على الفور) قد ينازع فيه ؛ فإن الظهار معصية ؛ قال الوالد رحمه الله في تفسيره : وقد يُدفع هٰذا بأن السبب هو العود أو مجموعهما على الخلاف فيه ، والعود ليس بحرام . انتهىٰ .

٤١٧٠ـ قوله : (**وإن كانت الزوجة أمة فابتاعها الزوج عقب الظهار . . فقد قيل : إن ذلك عود فلا يطؤها بالملك حتىٰ يكفر ، وقيل : ليس بعود**)[3] **الأصح** : الثاني ، كما ذكره « المنهاج » ، وعليه مشى « الحاوي »[4] ، أما لو اشتغل بالمساومة وتقرير [الثمن][5] . . فهو **عائد في الأصح** .

قال الإمام : ومحلهما : إذا كان الشراء متيسراً ، وإلا . . فالاشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي[6] .

وقال صاحب « المعين » اليمني : إذا قلنا ببقاء ملك البائع في مدة الخيار . . كان عائداً وجهاً واحداً ، وفيما ذكره نظر .

٤١٧١ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : (**وإن كان قذفها ، ثم ظاهر منها ، ثم لاعنها . . فقد قيل :**

---

(١) الروضة (٨/٢٦٦) .

(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٥٤) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٨٦) .

(٤) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٦) .

(٥) في (أ) ، (ج) : (اليمين) ، والمثبت من باقي النسخ و« السراج علىٰ نكت المنهاج » (٦/ ٤٧٠) .

(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٥١٧) .

إنه صار عائداً ، **وقيل** : **لم يصر عائداً)** **الأصح** : الثاني ، وقد ذكره « المنهاج »[1] ، وقد يفهم كلامهما أنه لا يشترط سبق المرافعة ، **والأصح** : خلافه .

٤١٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : **(فإن راجعها ، أو بانت ثم تزوجها ، وقلنا : بعود الظهار . . فهل تكون الرجعة والنكاح عوداً أم لا ؟ فيه قولان) أظهرهما** : أن الرجعة عود دون تجديد النكاح ، كما ذكره في (الرجعة) « المنهاج » و« الحاوي » ، وفي (النكاح) « الحاوي »[2] .

٤١٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٦] : **(وإن ظاهر الكافر من امرأته فأسلم عقب الظهار . . فقد قيل : إسلامه عودٌ ، وقيل : ليس بعود) الأصح** : الثاني ، وصورة المسألة : أن تسلم هي أيضاً عقب الظهار مع إسلامه ، أو تكون قد أسلمت وتخلف عنها ثم ظاهر منها وأسلم عقب ظهاره ، أما إذا تراخىٰ إسلامها عن الظهار ؛ فإن كانت وثنية . . لم يكن عوداً قطعاً ؛ لأنه إن كان قبل الدخول . . بانت ، أو بعده . . فهي جارية إلى البينونة ، وإن كانت كتابية . . فإسلامه عود قطعاً ؛ لدوام الزوجية ، وذكر بعضهم : أن عبارة « التنبيه » : (**فأسلما**) ، وفي « مذاكرة أهل اليمن » : **صوابه** : (فأسلمت) فإن إسلامها يشعت النكاح كما يشعت الطلاق الرجعي ، وإسلامه مصلح للنكاح كما تصلحه الرجعة .

وقال في « التوشيح » : كلامه يقتضي تعقيب[3] إسلامه الظهار ، وهو ما اقتضاه كلام ابن يونس ، **والحق** : الاكتفاء به إذا وقع في العدة .

قلت : إذا لم يقع عقب الظهار . . لم يكن عوداً قطعاً ؛ فإن العود قد حصل قبله .

٤١٧٤ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : **(وإذا وجبت الكفارة . . حرم وطؤها إلىٰ أن يكفر)**[4] محله : في الظهار المطلق ، أما في المؤقت . . فحتىٰ يكفر أو تنقضي المدة ، فإذا انقضت . . حل الوطء ؛ لارتفاع الظهار ، وبقيت الكفارة في ذمته ، كذا في « الروضة » وأصلها[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : تبع فيه الرافعي البغوي والمتولي[6] ، وهو بعيد من ظاهر القرآن والسنة وظاهر نص الشافعي ؛ فإن الله تعالىٰ عمم حكم المظاهرين بتحريم المسيس قبل التكفير ، فمن قال : (أو انقضت المدة) فقد زاد شرطاً ليس في القرآن وذكر الآمدي وغيره : أن الآية نزلت

---

(١) المنهاج (ص ٤٣٦) .

(٢) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٦) .

(٣) في النسخ : (تعقب) ، ولعل الصواب ما أثبت ، والله أعلم .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٨٧) ، و« الحاوي » (ص ٥٢٢) ، و« المنهاج » (ص ٤٣٦) .

(٥) فتح العزيز (٩/٢٧٧) ، الروضة (٨/٢٧٤) .

(٦) انظر « التهذيب » (٦/١٦٣) .

في سلمة بن صخر[1] ، وكان ظاهر مؤقتاً ، ووطىء ، وقال له النبي صلى الله عليه وسلم : « لا تقربها حتىٰ تكفر »[2] ، لكن الذي في الأحاديث أن سببها أوس بن الصامت ، وكان ظهاره غير مؤقت .

٤١٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : **(وهل تحرم المباشرة بشهوة فيما دون الفرج ؟ فيه قولان ، أصحهما : أنها لا تحرم)** حكاه الرافعي في « شرحيه » عن الأكثرين ، وقطع به بعضهم[3] ، لكن في « المحرر » : أن **الأولىٰ** : التحريم[4] ، وعليه مشى « الحاوي » ، فقال [ص ٥٢٢] : **(كالحائض)** ، واستدرك في « المنهاج » على « المحرر » فقال [ص ٤٣٦] : **(الأظهر الجواز)** ، وتناول كلام « التنبيه » وزيادة « المنهاج » الاستمتاع بما بين السرة والركبة ، وفيه احتمالان للإمام ، **أقواهما** عنده : أنه على الخلاف في الحائض[5] .

٤١٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : **(وإن ظاهر منها ظهاراً مؤقتاً فأمسكها زماناً يمكن فيه الطلاق . . صار عائداً ، وقيل : لا يصير عائداً) الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[6] ، فلو قيد الظهار بمكان . . فهل هو كالزمان ؟ قال شيخنا الإمام البلقيني : لم أر من تعرض لذلك ، **والقياس** : أنه كالظهار المؤقت ، وإذا قلنا : يتقيد بذلك المكان . . لم يكن عائداً في ذلك الظهار إلا بالوطء في ذلك المكان ، ومتىٰ وطئها فيه . . حرم وطؤها مطلقاً حتىٰ يكفر . انتهىٰ .

٤١٧٧ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٢] : **(حتىٰ يكفر بعدد المحلّ ، أو اللفظ ، لا للتأكيد متصلاً)** يفهم أنه إذا طلق في تكرير (أنت عليّ كظهر أمي) ولم ينو استئنافاً ولا تأكيداً . . أنه تتعدد الكفارة ، **والأصح** : خلافه .

٤١٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٧] : **(وأنه بالمرة الثانية عائدٌ في الأول)** يقتضي أن الخلاف فيه قولان ؛ فإنه عطفه علىٰ ما عبر فيه بالأظهر ، لكن الذي في « الروضة » وأصلها أن الخلاف فيه وجهان ، والله أعلم[7] .

* * *

---

(١) انظر « الإحكام » للآمدي (٢/٢٥٨) .
(٢) أخرجه أبو داوود (٢٢٢٣) ، والترمذي (١١٩٩) ، والنسائي (٣٤٥٧) ، وابن ماجه (٢٠٦٥) ، والحاكم (٢٨١٧) من حديث سيدنا ابن عباس رضي الله عنهما .
(٣) فتح العزيز (٩/٢٦٧) .
(٤) المحرر (ص ٣٥٠) .
(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٥٠٩) .
(٦) الحاوي (ص ٥٢١) ، المنهاج (ص ٤٣٧) .
(٧) فتح العزيز (٩/٢٨٠) ، الروضة (٨/٢٧٦) .

كتاب الكفارة

٤١٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٨] و« الحاوي » [ص ٥٢٢] : (**يُشترط نيتها لا تعيينها**) أوضحه « التنبيه » بقوله [ص ١٨٨] : (**ويكفيه في النية أن ينوي العتق أو الصوم أو الإطعام عن الكفارة**) ويشترط مقارنة نية الإعتاق والإطعام لهما ، كما **صححه** في « الروضة » وأصلها(١) ، ومنعه شيخنا الإمام البلقيني ، وقال : نص الشافعي يخالفه ؛ حيث قال في « الأم » : بنيةٍ يُقَدِّمُهَا قبل العتق أو معه . انتهىٰ(٢) .

وما رجحه شيخنا تبعاً للنص جعله البندنيجي المذهب ، **وصححه** في « شرح المهذب » في (الزكاة)(٣) ، وقال القفال في « فتاويه » : عندي أنه لا بد من التعيين فيما إذا كان عليه صوم يمين وصوم كفارة ظهار ؛ لاختلاف المقدار دون ما إذا كان عليه صوم شهرين عن الظهار والجماع والقتل ، وقدم « المنهاج » ذكر النية علىٰ خصال الكفارة ، وهو أحسن كما قال الرافعي(٤) ، وأخره « التنبيه » عنها ، وذكره « الحاوي » تبعاً للغزالي في أثنائها ، ولا وجه له .

٤١٨٠ـ قول « التنبيه » في رقبة الكفارة [ص ١٨٧] : (**سليمة من العيوب التي تضر بالعمل**) عبارة « الروضة » : (تضر بالعمل إضراراً بيناً)(٥) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٢٢] : (**سليمة عن مُخِلٍّ بالعمل**) ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٣٨] : (**بلا عيب يُخل بالعمل والكسب**) .

٤١٨١ـ قولهما : (**وتجزىء العوراء**)(٦) قال في « الروضة » من زيادته : أي : إذا لم يضعف نظر السليمة ، فإن ضعف وأضر بالعمل إضراراً بيناً . . لم يجزئه ، قاله في « الأم » ، وقال الماوردي : إن منع ضعف البصر الخط وإثبات الوجوه القريبة . . منع ، وإلا . . فلا(٧) .

قال في « التوشيح » : ولك أن تقول : كلامنا في مجرد العور .

٤١٨٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**فإن كانت مقطوعة البنصر والخنصر . . لم تجز**) قد يفهم أن

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٢٩٣) ، الروضة (٨/ ٢٧٩) .

(٢) الأم (٥/ ٢٨١) .

(٣) المجموع (٦/ ١٦٨) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٢٩٥) .

(٥) الروضة (٨/ ٢٨٤) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٨٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٣٨) .

(٧) الروضة (٨/ ٢٨٥) ، وانظر « الأم » (٥/ ٢٨٢) ، و« الحاوي الكبير » (١٠/ ٤٩٢) .

ذلك في الرِّجل أيضاً ، وبه صرح الماوردي[1] ، واعترضه في « الروضة » بأن قال : المعروف في طريقة الخراسانيين الإجزاء في قطع جميع أصابع الرجلين[2] ، وبه صرح « المنهاج » و« الحاوي »[3] ، والمراد : قطعهما من يد واحدة ، فلو قُطِعَت خنصر من يد وبنصر من أخرىٰ . . أجزأت ، كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[4] .

٤١٨٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**ويجزىء من يجن ويفيق**) محله : ما إذا كان زمن الجنون أقل ، وكذا لو استويا **في الأصح** ، فإن كان زمن الجنون أكثر . . لم يجز ، كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[5] .

قال في « التوشيح » : ومما يوضح أن هـٰذا هو مراد « التنبيه » فلا يورد عليه ما إذا كان زمن الجنون أكثر أمران :

أحدهما : قوله في « المهذب » : فإن كان زمن الجنون أكثر . . لم يجزئه ؛ لأنه يضر به إضراراً بيناً[6] .

والثاني : قوله هنا : (**التي تضر بالعمل**)[7] .

قلت : الإيراد على اللفظ لا على الإرادة ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : كلام الشافعي في « الأم » يقتضي إطلاقه جواز من تقطع جنونه من غير تقييد ، ولو قيل به . . لم يبعد . انتهىٰ[8] .

وعبر شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عن عدم إجزاء من جنونه أكثر بـ (الصواب)[9] ، ويرد عليه : ما تقدم من إطلاق « الأم » ، وأن في « الكفاية » في شرح عبارة « التنبيه » : هـٰكذا لفظ ابن الصباغ وظاهر نص الشافعي علىٰ ما حكاه الإمام من غير تفريق بين أن يكون زمن الإفاقة أقل أو أكثر أو مساوياً[10] .

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٤٩٣) .

(٢) الروضة (٨/ ٢٨٤ ، ٢٨٥) .

(٣) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٨) .

(٤) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٨) .

(٥) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٨) .

(٦) المهذب (٢/ ١١٥) .

(٧) انظر « التنبيه » (ص ١٨٧) .

(٨) الأم (٥/ ٢٨٢) .

(٩) تذكرة النبيه (٣/ ٣٣٧) .

(١٠) قال الإمام : ونص الشافعي علىٰ من كان يجن ويفيق فإعتاقه مجزىء ، وهـٰذا ظاهر إن قل زمان الجنون وكثر زمان الإفاقة ، فأما إذا كان زمان الجنون أكثر . . فما نرى الشافعي يقول ذلك رضي الله عنه ، وإن استوى الزمانان في النُّوَب . . فظاهر النص الإجزاء ، وفيه احتمالٌ من طريق المعنىٰ . انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٥٥٦) .

قال في « الروضة » : واختار صاحب « الحاوي » طريقة حسنة ، فقال : إن كان زمن الجنون أكثر . . لم يجزئه ، وإن كانت الإفاقة أكثر ؛ فإن كان يقدر على العمل في الحال . . أجزأ ، وإن كان لا يقدر على العمل إلا بعد حين . . لم يجزىء ، قال : ويجزىء المغمىٰ عليه ؛ لأن زواله مرجوٌ[1] .

٤١٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**ولا يجزىء المريض المأيوس منه**) قد يفهم تحتم منع إجزائه ، لكن لو برأ . . بان الإجزاء **في الأصح** ، كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، بخلاف ما لو أعتق أعمىٰ ، فأبصر . . فإنه لا يجزىء ، كما ذكره في « أصل الروضة » في (الضحايا)[3] ، والفرق : تحقق اليأس في العمىٰ ، وعود البصر نعمة جديدة ، بخلاف المرض ، أما عكسه ـ وهو إعتاق من يُرجىٰ ، فيموت ـ . . **فالأصح** : إجزاؤه أيضاً ؛ لوجود الرجاء حالة الإعتاق ، والموت يجوز أن يكون بهجوم علة .

٤١٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**والأخرس إذا فهمت إشارته**) موافق لقول « الحاوي » [ص ٥٢٢] : (**وخَرس مفهِماً**) ، لكن عبارة « الروضة » وأصلها : (ويجزىء الأخرس الذي يفهم الإشارة)[4] فاعتبرا فهمه لإشارة غيره ، وقد يقال : فهمه إشارة غيره وفهم غيره إشارته متلازمان لا يوجد أحدهما بدون الآخر ، وقد يمنع ذلك .

وقال صاحب « المعين » : هـٰذا إذا كان إسلامه تبعاً لأحد أبويه ، أو كان كبيراً فأشار بالإسلام وصلىٰ ، وهل يكفي مجرد الإشارة من غير صلاة ؟ وجهان ، أما إذا لم يثبت إسلامه إلا بالإشارة قبل البلوغ . . فلا يجزىء عتقه **على الأصح** .

٤١٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**وإن جمع الصمم والخرس . . لم يجزئه**) كلام « الروضة » وأصلها يقتضي إجزاءه مع جمعهما إذا فهم الإشارة ؛ فإنه بعد قوله : (**ويجزىء الأخرس الذي يفهم الإشارة**) قال : وعن **القديم** : منعه ؛ فقيل : قولان ، **والصحيح** : أنهما علىٰ حالين ، فالإجزاء فيمن يفهم الإشارة والمنع فيمن لا يفهمها ، وقيل : الإجزاء إذا لم ينضم إلى الخرس صمم ، والمنع إذا انضم ، وحكى ابن كج عن ابن الوكيل : القطع بالمنع إذا انضم ، وقولين إذا تجرد الخرس . انتهىٰ[5] .

---

(١) الروضة (٨/ ٢٨٤) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٠/ ٤٩٣) .
(٢) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٨) .
(٣) الروضة (٣/ ٢١٨) .
(٤) الروضة (٨/ ٢٨٥) .
(٥) الروضة (٨/ ٢٨٥) .

فانظر كيف جعل المنع عند جمعهما مرجوحاً .

٤١٨٧ـ قوله : (**وإن اشترىٰ من يعتق عليه بالقرابة ونوى الكفارة . . لم يجزئه**)[1] أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٣٨] : (**ولا يجوز شراء قريبٍ بنية كفارةٍ**) إذ ليس فيه تصريح بأن ذلك القريب يعتق عنه وإن كان هـٰذا واضحاً ، ولو عبرا بالتملك . . لكان أعم ؛ فإن هبته له ، وإرثه وقبول الوصية به كذلك .

٤١٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**ولا يجزىء المكاتب**) محله : في المكاتب كتابة صحيحة ، كما ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، أما المكاتب كتابة فاسدة . . فيجزىء .

٤١٨٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٢] : (**كاملة الرق**) خرج به : العبد الموصىٰ بمنفعته ، والمستأجر إن قلنا : لا يرجع على السيد بأجرة منافعه بعد العتق ، **وهو الأصح** .

وقال في « المهمات » : كيف يستقيم ذلك في المستأجر والموصىٰ بمنفعته مدة مع ما سبق من إجزاء المريض الذي لا يقدر على العمل ولكنه يُرجىٰ ، وكذا الصغير والمجنون إذا لم يكن جنونه أكثر من إفاقته ، ولو كان مجنوناً حالة الإعتاق . . لا يمكنه الاكتساب ، ونفقة الجميع في بيت المال ؟

وقال شيخنا الإمام البلقيني : المنع في الوصية المؤقتة بعيد ، **والأقرب** : الجواز ، وبناء الرجوع علىٰ مسألة المستأجر انفرد به صاحب « التتمة » ، وهو مردود ، **والأقرب** : الجواز ، وإن قلنا : لا يرجع بأجرة منافعه ؛ لأن ذلك لا يضر بالعمل ، وإنما يمنع حصول المنافع للعتيق ، وذلك غير معتبر كما في الصغير .

٤١٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : (**ولا يجزىء المغصوب**) صحح الرافعي : إجزاءه[3] ، وعليه مشى « الحاوي »[4] ، وقال النووي : أكثر العراقيين علىٰ أنه لا يجزىء قطعاً ؛ لعدم استقلاله كالزمن ، وجمهور الخراسانيين على الإجزاء ؛ لتمام الملك والمنفعة ، وفيه وجه ثالث قاله صاحب « الحاوي » : إن قدر العبد على الخلاص بهرب وإن لم يقدر على العود إلىٰ سيده . . أجزأه عن الكفارة ؛ لقدرته علىٰ منافع نفسه ، وإن لم يقدر على الخلاص . . فالإجزاء موقوف وإن لم يكن عتقه موقوفاً ؛ كالغائب إذا عُلمت حياته بعد موته ، وهـٰذا الذي قاله قوي جداً[5] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٧) .
(٢) الحاوي (ص ٥٢٢) ، المنهاج (ص ٤٣٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٣٠٧) .
(٤) الحاوي (ص ٥٢٢) .
(٥) الروضة (٨/٢٩٠ ، ٢٩١) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١٠/٤٧٥) .

وخص في « الكفاية » الخلاف بالعاجز ، وجزم في القادر على الخلاص بالإجزاء ، وهو مخالف لما تقدم من كونه وجهاً ثالثاً .

٤١٩١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٢] : **(ورُهِنَ)** أي : يجوز إعتاق المرهون ، استثنىٰ منه في « الروضة » من زوائده في (الرهن) : ما لو أعتقه عن كفارة غيره . . قال : فلا يعتق ؛ لأنه بيعٌ ، قاله القاضي حسين في « فتاويه »[(١)] .

قال في « المهمات » : وكذا لو أعتقه عن غيره بلا عوض ؛ لأنه هبة للرهن وهو ممتنع .

٤١٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : **(وفي الغائب الذي انقطع خبره قولان) الأصح** : عدم الإجزاء ، وعليه مشى « الحاوي »[(٢)] ، فإن تواصل خبره بعد ذلك . . بان الإجزاء ، وفي الجيلي عن « الحاوي » : أنه إذا انقطع خبره لخوف في الطريق . . الإجزاء قطعاً .

٤١٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : **(وإن أعتق نصف عبدين . . فقد قيل : يجزئه ، وقيل : لا يجزئه ، وقيل : إن كان الباقي حراً . . أجزأه ، وإن كان عبداً . . لم يجزئه) الأصح** : الثالث ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، وحكى ابن الصباغ عن الأكثرين : الجواز ، وصور « المنهاج » المسألة : بأن يكون المعتق معسراً[(٣)] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : فيه تعقب ؛ لأن اسم الرقبة إن كان موجوداً . . فينبغي أن يجزىء ذلك عن الموسر أيضاً ، وإن لم يكن موجوداً . . فلا ينبغي أن يجزىء عن المعسر .

قلت : هٰذا عجيب ؛ فإنه لا يخفىٰ أن التفرقة بينهما إنما هي لأنه إذا كان موسراً . . عتق عليه باقيهما .

٤١٩٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٣٩] : **(وإن قال : « أعتقه عني علىٰ كذا » ففعل . . عتق عن الطالب وعليه العوض)** كذا لو لم يشرط عوضاً ولا نفاه . . **فالأصح** : الرجوع أيضاً ، كما لو قال : (اقض ديني) ولم يشترط الرجوع ، وخص الإمام والسرخسي هٰذا الخلاف بمن قال : (أعتقه عن كفارتي) ليكون كالدين ، فإن قال : (عني) ولا عتق عليه . . أطلق السرخسي : أنه لا شيء عليه ، وخرجه الإمام علىٰ أن الهبة هل تقتضي الثواب ؟[(٤)]

٤١٩٥ـ قوله : **(ومن ملك عبداً أو ثمنه فاضلاً عن كفاية نفسه وعياله نفقةً وكسوةً وسكنىٰ وأثاثاً لا بد منه . . لزمه العتق)**[(٥)] فيه أمران :

---

(١) الروضة (٤/ ٧٧) .
(٢) الحاوي (ص ٥٢٢) .
(٣) المنهاج (ص ٤٣٨) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٥٤٣ ، ٥٤٤) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٣٩) .

أحدهما : محله فيمن ملك عبداً : ألاَّ يحتاج إلىٰ خدمته ، فإن احتاج لذلك ؛ لزمانة أو مرض أو كبر أو ضخامة أو منصب لا يليق معه أن يخدم نفسه . . لم يلزمه العتق ، وقد ذكره « التنبيه » فقال [ص ١٨٧] : (**وإن كان عادماً للرقبة وثمنها أو واجداً وهو محتاج إليه للخدمة**) و« الحاوي » فقال [ص ٥٢٣] : (**أو ملك محتاجاً إليه لمرضٍ ومنصبٍ**) .

ثانيهما : أنه لم يقيد النفقة والكسوة بمدة ؛ وقال الرافعي : لم يُقدِّروا لهما مدة ، فيجوز اعتبار مدة العمر ، ويجوز اعتبار سنة ؛ ويؤيده قول البغوي : يُترك له ثوب الشتاء وثوب الصيف[1] ، وصوب **النووي** : الثاني[2] .

وقال ابن الرفعة : قد تعرض له الأصحاب بقولهم في كفارة اليمين : إذا لم تكن له كفاية على الدوام . . أخذ من الصدقة والكفارة ؛ ولا يكفر بالمال .

وقال الشيخ زين الدين بن الكتناني في « حواشي الروضة » : قد صرح البغوي بالاحتمال الثاني ، وجزم به في « فتاويه » في (الأيمان) وقاسه على الزكاة ، قال : وفي اعتبار الكفارة بالزكاة نظر ؛ لمشي الزكاة علىٰ سد الخلة ، وأقل مدة تدفع حاجة الفقر سنة ، وأما الكفارة بعتق الرقبة : فالانتقال عنها منوط بعدم الوجدان .

قال في « التوشيح » : ثم إن البغوي إنما اعتبر السنة ؛ لأنه لا يعتبرها في الزكاة ، والنووي **صحح في الزكاة** : أن الاعتبار بكفاية العمر[3] ، فإن اعتبرها بها . . فليسوّ بينهما ، وإلا . . فليست مثلها ، ثم هـٰذا التردد من الرافعي قد نقله خلافاً في (كتاب الحج) ، فقال في استئجار المعضوب باعتبار كونه فاضلاً عن نفقة العيال وكسوتهم يوم الاستئجار لا بعد فراغ الأجير من الحج إلىٰ إيابه : وفي اعتبار مدة الذهاب وجهان ، **أصحهما** : لا يعتبر[4] .

فانظر كيف لم يعتبر لا السنة ولا العمر الغالب ، وهو ما ذكره ابن الكتناني بحثاً .

وقال في « المهمات » : اعتبار النووي للسنة لا يلائم نقله عن الجمهور ووافقهم عليه : أن من له رأس مال لو بيع فصار مسكيناً . . كفر بالصوم .

واستثنىٰ في « المهمات » من التكفير بالمال : السفيه ولو كان موسراً ، وإن كان إطلاقهم هنا يشمله ؛ فإن الرافعي ذكر في (الحجر) : أنه كالمعسر ، حتىٰ إذا حلف وحنث . . كفر بالصوم[5] .

---

(١) فتح العزيز (٩/٣١٥) ، وانظر « التهذيب » (٦/١٧٧) .
(٢) انظر « الروضة » (٨/٢٩٦) .
(٣) انظر « الروضة » (٢/٣٢٤) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٣/٣٠٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٥/٧٩) .

٤١٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧] : **(وإن كان واجداً لما يصرفه في العتق في بلده عادماً له في موضعه . فقد قيل : يكفر بالصوم ، وقيل : لا يكفر) الأصح** : الثاني كسائر الكفارات ، **صححه** النووي في « تصحيحه »[١] ، وأشار الغزالي والمتولي إلىٰ ترجيحه[٢] ، وجزم به الماوردي[٣] ، وعليه مشى « الحاوي »[٤] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي أن يقيد بحالة لا يعد فيها معسراً ، فلو اقتضت الغيبة عده معسراً ؛ حتىٰ يصرف إليه من سهم أبناء السبيل ومن سهم الفقراء والمساكين ، وحتىٰ تفسخ الزوجة ذلك[٥] النكاح ، وحتىٰ للبائع الفسخ **على الأصح** : فينبغي أن يجوز له التكفير بالصوم ؛ لأنه معسر في هـٰذه الحالة ، ويتأكد الأمر في الظهار ؛ لتضرره بفوات الاستمتاع ، قال : ولم أر من تعرض لذلك ، وكأنهم رأو أن الكفارة لا توقيت فيها . انتهىٰ .

وذكر صاحب « المعين » اليمني : أن محل الخلاف : إذا بلغت مسافة المال شهرين فأكثر ، وقال : إنه مفهوم من كلام الأصحاب .

وكأنه أخذه من تعليلهم بالمشقة في ترك الوطء ، وحكاه صاحب « المذاكرة » عن الغزالي ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن هـٰذا غلط لا يصح .

٤١٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٧ ، ١٨٨] : **(وإن اختلف حاله ما بين أن يجب إلىٰ حال الأداء ، فكان موسراً في إحدى الحالين معسراً في الأخرىٰ . اعتبرت حاله عند الوجوب في أصح الأقوال ، وتعتبر حاله عند الأداء في الثاني) الأصح** : الثاني ، كما ذكره « المنهاج » ، ومشىٰ عليه « الحاوي »[٦] .

قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : **(ويعتبر أغلظ الحالين في الثالث)** مقتضاه : أنه إذا تخلل اليسار الحالتين ثم زال . . . أنه لا عبرة به ، وبه صرح الإمام ، وأشار إلىٰ أنه متفق عليه[٧] ، وعبارة الأكثرين في حكايته : أنه يعتبر أغلظ حاله من الوجوب إلى الأداء ، نبه علىٰ ذلك في « الكفاية » .

وقد يجاب : بأن ، ظاهر كلام « التنبيه » فرض المسألة في حالين لا أحوال ؛ حيث قال :

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/٨٦) .

(٢) انظر « الوجيز » (٢/٨٨) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١٠/٤٦١) .

(٤) الحاوي (ص ٥٢٣) .

(٥) في (ب) ، (ج) ، (د) : (بملك) والمثبت من (أ) ، وفي « حاشية الرملي » (٣/٣٦٧) : (بذلك) ولعله الصواب ، والله أعلم .

(٦) الحاوي (ص ٥٢٣) ، المنهاج (ص ٤٣٩) .

(٧) انظر « نهاية المطلب » (١٤/٥٦٨) .

(فكان موسراً في إحدى الحالين معسراً في الأخرىٰ)[1] .

٤١٩٨ـ قوله : (**وقيل : يلزمه أن ينوي في الصوم التتابع في كل ليلة ، وقيل : في أول الصوم ، والصحيح : أنه لا يلزمه ذلك**)[2] ذِكْرُ هـٰذا التصحيح مكرر ؛ للتصريح به في قوله : (**ويكفيه في النية** . . . إلىٰ آخره) نبه عليه في « التحرير »[3] .

٤١٩٩ـ قوله : (**وإن خرج بما يمكن التحرز عنه ؛ كالعيد وشهر رمضان . . بطل التتابع**)[4] فيه تجوز ؛ فإنه إذا شرع في وقت يعلم دخول ما يقطع التتابع قبل فراغه منه . . لم ينعقد ابتداء عن الكفارة ؛ لتحقق عدم الشرط ؛ ولذلك قال في « المحرر » : (لو ابتدأ بصوم الشهرين قريباً من مجيء رمضان . . لم يُعتد به عن الكفارة)[5] ، وأسقطه « المنهاج » .

نعم ؛ لو صام الأسير بالاجتهاد ووافق آخر صومه ذلك . . فعن ابن كج : إلحاقه بالمرض .

٤٢٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : (**وإن أفطر بما لا يمكن الاحتراز منه كالمرض . . ففيه قولان**) **الأظهر** : بطلانه ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٣٩] : (**إنه الجديد**) .

ثم يستثنىٰ من كلام « التنبيه » : الحيض والنفاس والجنون والإغماء ؛ فإنها لا تقطع التتابع مع أنه لا يمكن التحرز منها ، وقد ذكر ذلك « المنهاج » فقال [ص ٤٣٩] : (**لا بحيضٍ وكذا جنونٌ على المذهب**) .

وقد يقال : كيف يتصور الحيض في كفارة الظهار ؟[6] .

وجوابه : أنه لا يتصور ، وإنما ذلك استطراد بذكر كفارة القتل ووقاع رمضان إن ألزمناها به كفارة ، أما كفارة اليمين إذا أوجبنا فيها التتابع **على القديم** . . فهل ينقطع بالحيض ؟ فيها ثلاث طرق ، إجراء قولين ، والقطع بكل منهما .

وعذر « المنهاج » عن ذكر الحيض هنا : أنه يتكلم علىٰ مطلق الكفارة ؛ ولذلك أفرد لها باباً ، وقال النووي : أطلق الجمهور أن الحيض لا يقطع ، وذكر المتولي : أنها لو كانت لها عادة طهر تمتد شهرين فشرعت في وقت يتخلله الحيض . . انقطع[7] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٨) .

(٣) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٧٢) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٨٨) .

(٥) المحرر (ص ٣٥٤) .

(٦) في حاشية (ج) : (لأنه لا يحسب على النساء ، قال الزركشي : بل قد يتصور في المرأة ؛ بأن تصوم عن قريبها الميت أو العاجز في كفارة الظهار بناء على القديم المختار . انتهىٰ ، قال الزركشي : قلت : حكاه في « الشامل » عن الأصحاب) .

(٧) انظر « الروضة » (٨/٣٠٢) .

٤٢٠١- قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : **(وإن أفطر بالسفر . . فقد : قيل يبطل ، وقيل : علىٰ قولين)** هما القولان في المرض ، **والمذهب** : بطلانه ، ولم يرجح الرافعي واحداً من الطريقين[١] ، وذكر أبو القاسم عمر بن محمد الجزري في « فتاويه » ـ وهو من أصحاب الغزالي ـ : أن من أفطر في صوم الكفارة عامداً وهو جاهل بقطع التتابع . . لا ينقطع التتابع ، وقال : هـٰذا يقع لي ولا أحفظ فيه مسطوراً . انتهىٰ .

وكيف يُعذر بجهل ذلك مع النص عليه في القرآن ؟!

٤٢٠٢- قوله : **(وإن لم يستطع الصوم لكبر ، أو مرض لا يُرجىٰ زواله . . كفر بالطعام)**[٢] حكىٰ في « المنهاج » اعتبار كون المرض لا يُرجىٰ زواله عن الأكثرين[٣] ، وقال الإمام والغزالي وغيرهما : يجوز بمرض يدوم شهرين في غالب الظن[٤] ، **وصححه** في « الروضة » من زوائده[٥] ، وقول « الحاوي » [ص ٥٢٣] : **(ومرضٍ يدوم)** محتمل لهما ، وهو إلى الأول أقرب ؛ لأنه لم يقيد دوامه بمدة ، وعبر « التنبيه » و« المنهاج » بالإطعام اتباعاً للفظ القرآن، والمراد: تمليكهم ، كما صرح به « الحاوي »[٦]، ويدل له قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : **(وإن غداهم وعشاهم بذلك . . لم يجزئه)** .

٤٢٠٣- قول « التنبيه » [ص ١٨٨] و« الحاوي » [ص ٥٢٣] : **(ستين مسكيناً)** اتبعا فيه لفظ القرآن ، والفقير في معناه ، وقد صرح به « المنهاج » فقال [ص ٤٣٩] : **(أو فقيراً)** .

٤٢٠٤- قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : **(فيطعم ستين مسكيناً لكل مسكين مدا)** أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٣٩] و« الحاوي » [ص ٥٢٣] : **(ستين مسكيناً ستين مداً)** فإن عبارتهما لا تنافي التفاوت بينهم ؛ بأن يطعم واحداً مدين وآخر نصف مد مع أنه لا يجوز ؛ فلو عبر « الحاوي » بمثل قوله في كفارة اليمين : **(أو يُمَلِّك عشرة مساكين مُدّاً مدّاً)**[٧] . . لكان أصوب .

٤٢٠٥- قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : **(ولا يجوز دفعه إلىٰ من تلزمه نفقته)** لو حذف (الهاء) في (تلزمه) . . لكان أولىٰ ؛ ليندرج فيه من هو في نفقة غيره ، نبه عليه في « التحرير »[٨] ، لكنه عبر به في « الروضة »[٩] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٢٤) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٨) .
(٣) المنهاج (ص ٤٣٩) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٤/ ٥٧٢) ، و« الوجيز » (٢/ ٨٩) .
(٥) الروضة (٨/ ٣٠٨) .
(٦) الحاوي (ص ٥٢٣) .
(٧) الحاوي (ص ٦٤٧) .
(٨) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٧١) .
(٩) الروضة (٨/ ٣٠٦) .

٤٢٠٦ـ قوله : (**فإن أخرج من دون قوت البلد من حب تجب في الزكاة.. ففيه قولان**)[1]

الأصح : أنه لا يجزىء .

٤٢٠٧ـ قوله : (**فإن كان قوت البلد مما لا زكاة فيه ؛ فإن كان أقطاً.. فعلىٰ قولين**)[2]

الأصح : الإجزاء .

٤٢٠٨ـ قوله : (**وإن كان لحماً أو لبناً.. فقد قيل : لا يجوز ، وقيل : علىٰ قولين**)[3]

الأصح : عدم الإجزاء ، كما ذكره النووي في « تصحيحه » هنا[4] ، والذي في « أصل الروضة » : أن فيهما خلافاً مرتباً على الأقط ، وأولىٰ بالمنع[5] ، **وصحح في (الفطرة)** : إجزاء اللبن[6] ، وهو مخالف لما رجحه هنا ، وعبر « المنهاج » عن ذلك كله بعبارة مجملة شاملة ، فقال [ص ٤٣٩] : (**مما يكون فطرةً**) .

٤٢٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : (**وإن كان كافراً.. كَفَّر بالمال دون الصوم**) قد يفهم منه جواز انتقاله عند العجز عن الإعتاق إلى الإطعام من غير نظر إلىٰ عجزه عن الصوم وقدرته عليه ، وليس كذلك ، بل المنقول : أنه لا ينتقل إلى الإطعام إلا عند عجزه الحسي كالمسلم ؛ فإنه قادر على الصوم بالإسلام ، أما إذا كان مرتداً.. ففي تكفيره بالعتق والإطعام قولان .

قال الرافعي : ويصحان من الكافر بغير نية ؛ أي : بغير نية التقرب ، أما نية التمييز : فيشبه أن تعتبر كما في قضاء الديون[7] ، وجزم في « الروضة » بهـٰذا ، إلا أنه أسقط قضاء الديون[8] .

* * *

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٨٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٨) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٨٨) .
(٤) تصحيح التنبيه (٢/ ٨٨) .
(٥) الروضة (٨/ ٣٠٧) .
(٦) انظر « الروضة » (٢/ ٣٠٢) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٢٩٥) .
(٨) الروضة (٨/ ٢٨٠ ، ٢٨١) .

كتاب اللعان

٤٢١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٠] : (**يسبقه قذف**) كذا نفي ولد .

٤٢١١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٤] : (**قذف المكلف** . . .) إلىٰ أن قال : (**بالنيك ، وإيلاج الحشفة في الفرج**) أي : مع الوصف بالتحريم فيهما ، كما قيده في « الروضة » وأصلها[١] ، وذكر « المنهاج » الثانية ، فقال [ص ٤٤٠] : (**والرمي بإيلاج حشفةٍ في فرجٍ مع وصفه بالتحريم**) ، وكان إهمال « الحاوي » ذلك ؛ لوضوحه .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا يكفي ذلك في الصراحة ؛ لتناوله وطء زوجته وهي معتدة عن شبهة أو حائض أو نفساء ونحو ذلك مما ليس صريحاً في القذف ، فلا ينبغي أن يعد ذلك صريحاً إلا بأن ينضم إليه ما يقتضي الزنا ، فإن قيل : فقول الأجنبي : (لست ابن فلان) يكون به على النص المقرر قاذفاً لأمه . . قلنا : لغلبة استعماله في القذف بخلاف الوصف بالتحريم .

٤٢١٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٠] : (**أو دُبُرٍ**) أي : ومن الصريح الرمي بإيلاج حشفة في دبر وإن لم يصفه بالتحريم ؛ لأنه لا يكون إلا محرماً ، ولم يصرح بهـٰذه الصورة في « الروضة » وإن اقتضاها كلامه .

٤٢١٣ـ قول « التنبيه » في الصرائح [ص ٢٤٣] : (**يا لوطي**) خالفه فيه الرافعي ، فجزم بأنه كناية[٢] ، لكن اعترضه النووي فقال : قد غلب استعماله في العرف لإرادة الوطء في الدبر ، فينبغي أن يقطع بأنه صريح ، وإلا . . فيخرج على الخلاف فيما إذا شاع لفظ في العرف ؛ كـ(حلال الله عليّ حرام) وأما احتمال إرادة أنه علىٰ دين قوم لوط . . فلا يفهمه العوام ، ولا يسبق إلىٰ فهم غيرهم ، **فالصواب** : الجزم بأنه صريح ، وبه جزم في « التنبيه » وإن كان المعروف في المذهب أنه كناية . انتهى[٣] .

لكنه اعترض في « التصحيح » على « التنبيه » وقال : **الصواب** : أنه كناية[٤] .

ويتعجب من تعبيره بالصواب عن الصراحة والكناية ، وقد استغرب ذلك في « المهمات » وغيرها وقال شيخنا ابن النقيب : كان **الأحسن** : أن يقول : **المختار** : أنه صريح ،

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٣٥) ، الروضة (٨/ ٣١١) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٣٥) .

(٣) انظر « الروضة » (٨/ ٣١١ ، ٣١٢) .

(٤) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٣٢) .

فيُعلم قوة صراحته دليلاً ، وتصحيح كنايته مذهباً[1] .

قلت : لا اصطلاح له في لفظ الصواب في « الروضة » ، وأما في « التصحيح » : فقد أتىٰ بلفظ (الصواب) في موضعه ؛ لأنه المعروف في المذهب كما قاله في « الروضة » ، فأراد بالصواب في « الروضة » : ترجيحه من حيث الدليل ، وفي « التصحيح » : ترجيحه من جهة المذهب ، لكن في « الكفاية » عن « الكافي » وجه أنه صريح ، ويعترض بذلك علىٰ تعبيره في « التصحيح » عن كونه كناية بالصواب ؛ لوجود الخلاف في ذلك ، وفي بعض نسخ « التنبيه » بدله : (يا لائط) .

٤٢١٤ـ قول « الحاوي » في أمثلة الكناية [ص ٥٢٥] : (زَنَأْتَ)[2] يتناول ما إذا اقتصر عليه ، وما إذا ضم إليه : (في الجبل) ، وقد جزم به في الثانية « التنبيه » و« المنهاج » ، وصححاه في الأولىٰ[3] ، وما إذا ضم إليه : (في البيت) وهو قذف على الصحيح ، كما قاله الرافعي[4] ، قال النووي : هـٰذه عبارة البغوي ، وقال غيره : إن لم يكن للبيت درج يصعد إليه فيها . . فقذفٌ قطعاً ، وإن كان . . فوجهان[5] .

وقد يقال : لم تتناول عبارة « الحاوي » سوىٰ صورة الإطلاق ، وقوله : (في الجبل) مأخوذة من طريق الأولىٰ ، فلا يرد عليه صورة قوله : (في البيت) وفي « أصل الروضة » في صورة الإطلاق : أنه نسب كونه قذفاً إلىٰ نصه في « الجامع الكبير »[6] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وجزم به الجرجاني في « التحرير »[7] ، وهو قوي بالنص ، ولكن المعنىٰ يساعد الأول .

٤٢١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٠] : (و « زنيت في الجبل » صريحٌ في الأصح) قد يفهم صراحة قوله : (يا زانية في الجبل) بالياء ، لكن نص الشافعي علىٰ أنه كناية ، حكاه في زيادة « الروضة » ، وقال : إنه المعتمد[8] .

٤٢١٦ـ قوله في الكنايات : (وقوله : « يا فاجر » ، « يا فاسق » ، ولها : « يا خبيثة »)[9]

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٢٦/٧) .
(٢) زنأت في الجبل : مهموز ؛ أي : صعدت . انظر « الدقائق » (ص ٧١) .
(٣) التنبيه (ص ٢٤٣) ، المنهاج (ص ٤٤٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٣٤١/٩) .
(٥) انظر « التهذيب » (٢٢١/٦) ، و« الروضة » (٣١٦/٨) .
(٦) الروضة (٣١٦/٨) .
(٧) التحرير (١٥٧/٢) .
(٨) الروضة (٣١٦/٨) ، وانظر « الأم » (٢٩٦/٥) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٤٤٠) .

لا معنىٰ لهٰذا التفريق ؛ فقوله للمرأة : (يا فاجرة) ، (يا فاسقة) ، وللرجل : (يا خبيث) كناية أيضاً ، وقد ذكر « التنبيه » قوله للرجل : (يا خبيث)[1] .

٤٢١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٠] : (**ولقرشيٍّ : يا نَبَطِيُّ**) مثال ، فلو قاله لعربي غير قرشي . . كان كذلك ، وكذا لو قال لنبطي : (يا قرشي) ، أو (يا عربي) . . فهو كناية في قذف أمه ، فلو قال : (أردت أنه نبطي اللسان أو الدار) وكذبه المقذوف ؛ فإن حلف القاذف . . فلا حد ، وإلا . . حلف المقذوف أنه أراد نفيه فيحد له .

٤٢١٨ـ قوله : (**ولزوجته : « لم أَجِدْكِ عذراء »**)[2] مفهومه : أنه لو قال ذلك لأجنبية . . لم يكن كناية ، ويوافقه قول « أصل الروضة » : لو قال لزوجته : (لم أجدك عذراء) ، أو (وجدت معك رجلاً) . . فليس بصريح **على المشهور** ، وحُكي عن **القديم** : أنه صريح ، ولو قاله لأجنبية . . فليس بصريح قطعاً ؛ لأنه قد يريد زوجها . انتهىٰ[3] .

فهٰذا التعليل يقتضي في مسألة الأجنبي أنها مصورة بقوله : (وجدت معك رجلاً) ، لا بقوله : (لم أجدك عذراء) ، لكن في « الكفاية » : قوله للأجنبية : (ليست عذراء) ، أو (وُجِد معك رجل) كناية ، فلو قاله الزوج لزوجته . . فكذا في **الأصح** ، وفي **القديم** : هو صريح . انتهىٰ .

فإن صح ذلك . . لم يكن لتقييد « المنهاج » بالزوج فائدة ؛ لأن الأجنبي كذلك ، بل أولىٰ ؛ لأنه مجزوم به فيه ، بخلاف الزوج .

قال شيخنا ابن النقيب : وقد أطلقوا المسألة ، ويظهر أنها مصورة فيمن لم يُعلم لها تقدم افتضاض مباح ، فإن عُلم . . فليس بشيء جزماً[4] .

قلت : هٰذا واضح لا بد منه .

٤٢١٩ـ قول « التنبيه » في الكناية [ص ٢٤٣] : (**أو « يا حلال بن الحلال » وهما في الخصومة**) فيه أمران :

أحدهما : **الأصح** : أنه ليس بكناية ، بل تعريض ، وليس بقذف وإن نواه ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، ونقل شيخنا الإمام البلقيني عن نص « الأم » في التعريض بالخطبة : (وقلنا : لا نَحُد أحداً في تعريضٍ إلا بإرادة التصريح بالقذف)[6] ، وقال : هٰذا يدل علىٰ خلاف

---

(١) التنبيه (ص ٢٤٣) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٤٠) .
(٣) الروضة (٣١٢/٨) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٢٨/٧) .
(٥) الحاوي (ص ٥٢٥) ، المنهاج (ص ٤٤٠) .
(٦) الأم (٣٧/٥) .

ما صححوه من أنه لا حد في التعريض وإن نوى القذف .

ثانيهما : قد يفهم من قوله : (**وهما في الخصومة**) أنهما إذا لم يكونا في خصومة . . لا يكون كناية ، وليس كذلك ، وإنما أراد : أن الخصومة لا تصيره صريحاً كما صار إليه مالك رحمه الله .

٤٢٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٠] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٢٥] : (**وقوله : « زنيت بكِ » إقرارٌ بزناً وقذفٌ**) رأي الإمام أنه ليس صريحاً في القذف ؛ لاحتمال كون المخاطب مكرهاً[1] .

قال الرافعي : وهـٰذا قوي ؛ ويؤيده أنه لو قال لها : (زنيت مع فلان) . . كان قاذفاً لها دون فلان ، قال : والمعروف في المذهب الأول[2] .

٤٢٢١ـ قولهما أيضاً : (**ولو قال لزوجته : « يا زانية » ، فقالت : « زنيت بكَ » أو « أنت أزنىٰ مني » . . فقاذفٌ وكانيةٌ**)[3] قال شيخنا الإمام البلقيني : ظاهره أنها ليست مقرةً بالزنا أيضاً ، وهو **المنصوص** في « الأم » و« المختصر »[4] ، واتفق عليه الأصحاب ، ولكنه مشكل ؛ لأن قولها[5] إقرار صريح بالزنا ، وجعلوا (بك) صريحاً في القذف إذا كان ابتداء كلام ، وجعلوا الجواب بذلك رافعاً لصريح الإقرار بالزنا ، والظاهر القذف ، وكان ينبغي ألاَّ يكون رافعاً لصريح الإقرار بالزنا .

٤٢٢٢ـ قولهم في الصرائح : (**زنىٰ فرجك**)[6] وفي « المنهاج » و« الحاوي » : (**أو ذكرك**) محله : في غير الخنثى المشكل ، فأما فيه : فإنما يكون صريحاً إذا جمعهما ، فلو اقتصر علىٰ أحدهما . . فقال صاحب « البيان » : **مقتضى المذهب** : أنه كإضافته إلى اليد[7] ، حكاه عنه الرافعي في (باب حد القذف) ، وارتضاه[8] ، والنووي من زيادته هنا ، وأقره[9] .

٤٢٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٣] : (**وإن قال : « زنا يدك أو رجلك » . . لم يحد**) أي : إن لم ينو القذف ، ولهـٰذا ذكر « المنهاج » أنه كناية[10] ، فهي أحسن من عبارة « التنبيه » لأنها قد توهم عدم الحد مطلقاً .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٨٧) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٣٧) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٥٢٥) ، « المنهاج » (ص ٤٤٠) .

(٤) الأم (٥/ ٢٩٤) ، مختصر المزني (ص ٢١٣) .

(٥) أي : قولها : (زنيتُ) .

(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٣) ، و« الحاوي » (ص ٥٢٤) ، و« المنهاج » (ص ٤٤١) .

(٧) البيان (١٢/ ٤١٢) .

(٨) انظر « فتح العزيز » (١١/ ١٦٨) .

(٩) انظر « الروضة » (٨/ ٣١٧) .

(١٠) المنهاج (ص ٤٤١) .

٤٢٢٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**ولولد غيره : « لست ابن فلان » صريحٌ ، إلا لمنفيٍّ بلعان**) فيه أمران :

أحدهما : قيده « الحاوي » فقال عطفاً على النفي [ص ٥٢٤] : (**وللمنفيِّ إن قصد نفيه شرعاً**) أي : فإن أراد تصديق الزوج في دعواه زناها . . فقاذف ، وهـٰذا لا ينافي كلام « المنهاج » لأنه نفىٰ عن هـٰذه الصورة الصراحة ، وذلك يصدق بما ذكره « الحاوي » ، لكن عبارته أحسن ؛ لإفصاحها بالمقصود .

ثانيهما : محل ذلك : ما إذا كان قبل أن يستلحقه النافي ، فإن كان بعد استلحاقه . . فهو قذف صريح ، وهـٰذا وارد على « الحاوي » أيضاً .

قال الرافعي : وقد يقال : إذا كان أحد التفاسير المقبولة أن الملاعن نفاه . . فالاستلحاق بعد النفي لا ينافي كونه نفاه ، فلا يبعد ألاَّ يُجعل صريحاً ويقبل التفسير به[١] .

قال النووي : هـٰذا حسن من وجه ، وهو قبول التفسير ، وضعيف من وجه ، وهو قوله : ليس بصريح ، **والراجح فيه** : ما قاله صاحب « الحاوي » : أنه قذف عند الإطلاق ، فيحد من غير سؤال ، فإن ادعى احتمالاً ممكناً ؛ كقوله : لم يكن ابنه حين نفاه . . قبل بيمينه ولا حد ، قال : والفرق بينه وبين ما قبل الاستلحاق : أنه لا يحد هناك حتىٰ يسأل ؛ لأنه كناية[٢] .

٤٢٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٣] : (**وإن قال : « أنت أزنى الناس » . . لم يحد من غير نية**) قد يفهم أنه يحد فيما إذا نوىٰ أن الناس كلهم زناة وهو أزنىٰ منهم ، والجمهور علىٰ خلافه ، لتحقق كذبه ؛ ولذلك أفصح « الحاوي » بالمراد ، فقال [ص ٥٢٤] : (**وأنت أزنىٰ من الناس وفيهم زناة**) وينفي هـٰذا التوهم عن « التنبيه » أنه صرح بعد ذلك بأنه لو قذف جماعة لا يجوز أن يكون كلهم زناة . . عزّر[٣] .

٤٢٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٣] : (**وإن قال : « زنىٰ بدنك » . . لم يحد علىٰ ظاهر النص ، وقيل : يحد ، وهو الأظهر**) لا يحتاج مع تصريحه بالأظهر إلىٰ بيان الراجح .

وقوله : (**إن الأول ظاهر النص**) لا يقتضي ترجيحه ، والمراد : أنه ظاهر النص في القديم .

٤٢٢٧ـ قوله : (**وإن قال : « وطئك فلان وأنت مكرهة » . . فقد قيل : يعزر ، وقيل : لا يعزر**)[٤] الأول هو **الأصح** .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/٣٤٦) .

(٢) الروضة (٨/٣٢٠) ، وانظر « الحاوي الكبير » (١١/٩٠) .

(٣) التنبيه (ص ٢٤٤) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٤) .

٤٢٢٨ـ قوله : (**وإن قذفه فحد ثم قذفه ثانياً بزنا آخر . . فقد قيل : يحد ، وقيل : يعزر**)[١]
الثاني هو **الأصح** ، **وصحح** ابن يونس : الأول .

٤٢٢٩ـ قوله فيما لو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانياً : (**وإن بدأت وطالبته بالثاني ثم بالأول فلم يلاعن ولم يقم البينة . . فعلىٰ قولين**)[٢] **الأصح منهما** : لزوم حدين .

٤٢٣٠ـ قوله : (**وإن قذف مجهولاً ، فقال : هو عبد ، وقال المقذوف : أنا حر . . فالقول قول القاذف ، وقيل : فيه قولان**)[٣] **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : تصديق المقذوف ، واقتصر (في باب اللقيط) علىٰ طريقة القولين[٤] ، وأعاد المسألة هنا ؛ لبعد العهد بها .

٤٢٣١ـ قوله : (**وإن قال : « زنيت وأنت نصراني » فقال : « لم أزن [ولا كنت]**[٥] **نصرانياً » ولم يعرف حاله . . ففيه قولان ، أحدهما : يحد ، والثاني : يعزر**)[٦] **الأصح** : الأول .

٤٢٣٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**ويحد قاذف محصنٍ ، ويعزر غيره**) وقول « الحاوي » [ص ٥٢٥] : (**ولغيرِ التعزير**) لو قالا كما في « المحرر » : (ويعزر قاذف غيره)[٧] . . لكان أحسن ؛ فإن المتبادر للفهم من عبارتهما : أن غير قاذف المحصن يعزر ، وهٰذا يتناول من لم يقذف أحداً ، وعبارة « التنبيه » بعد ذكره حد قاذف المحصن [ص ٢٤٣] : (**فإن قذف صغيراً أو مجنوناً أو عبداً أو كافراً أو فاجراً أو من وطىء وطئاً حراماً لا شبهة فيه . . عزّر**) ثم قال : (**وإن وطىء بشبهة . . فقد قيل : يحد ، وقيل : يعزر**) أي : إذا قذف من وطىء بشبهة ، **والأصح** : أنه يحد ، كذا أطلقه النووي في « تصحيح التنبيه »[٨] .

وأورد عليه شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » فقال : لكنه إذا وطىء محرماً بملك اليمين . . فإنه شبهة ؛ لأنه لا يُحدُّ **على الصحيح في** « التصحيح » وغيره من كتبه ، ومع ذلك فإن قاذفه لا يحد **على الصحيح في** « الروضة » و« المنهاج » وأصليهما . انتهىٰ[٩] .

وقول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**والمحصن : مكلف ، حر ، مسلم ، عفيف عن وطءٍ يحد به**)

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٤) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٤) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٣) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٣٥) .
(٥) في (د) : (ولم أكن) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٤٣) .
(٧) المحرر (ص ٣٥٥) .
(٨) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٣٠) .
(٩) تذكرة النبيه (٣/ ٤٧١) ، وانظر « الروضة » (٨/ ٣٢١ ، ٣٢٢) ، و« فتح العزيز » (٩/ ٣٤٨) ، و« المحرر » (ص ٣٥٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٤١) ، و« تصحيح التنبيه » (٢/ ٢٣٠) .

يقتضي أن الواطئ بشبهة محصن كما صرح به « التصحيح »[1] ، لكنه صرح بالمسألة التي أوردها الإسنوي عقبها[2] ، فصارت كالاستثناء منها ، فقال : (**وتبطل العفة بوطء مَحْرَمٍ مملوكةٍ على المذهب**)[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يستثنىٰ من ضابط إيجاب الحد : الحنفي الواطئ في نكاح عقيدته حله ، والجارية المشتركة .

٤٢٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**ولو زنىٰ مقذوف .. سقط الحد**) لا يختص ذلك بالزنا ، بل متىٰ وطئ وطئاً حراماً يسقط العفة .. كان كذلك ، نص عليه في « الأم » و« المختصر »[4] ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٤٣] : (**وإن قذف عفيفاً فلم يحد حتىٰ زنا أو وطئ وطئاً حراماً .. لم يحد**) ولا بد من تقييد الوطء الحرام بأن يسقط العفة كما ذكرته ؛ للاحتراز عن وطء الصائم والمحرم والحائض .

٤٢٣٤ـ قوله : (**ومن زنا مرة ثم صلح .. لم يعد محصناً**)[5] يستثنىٰ منه : ما لو جرت صورة الزنا من صبي أو مجنون .. فإن حصانته لا تسقط ، فمن قذفه بعد الكمال .. حد .

٤٢٣٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٤٤] : (**وإن قذف عبداً .. ثبت له التعزير ، وإن مات .. فقد قيل : يسقط ، وقيل : ينتقل إلى السيد**) **الأصح** : انتقاله إلى السيد .

٤٢٣٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٥] : (**وحُلِّف أنه لم يزن**) ظاهره : أنه لا فرق في ذلك بين أن يعجز القاذف عن بينة الزنا أم لا ، وبه صرح في « الروضة »[6] ، وصور الرافعي المسألة بالعجز[7] ، وتبعه صاحب « التعليقة » ، ومقتضاه : عدم الحلف مع قدرة القاذف على البينة ، والأول هو الصواب .

فصل

[في بيان حكم قذف الزوج ونفي الولد جوازاً أو وجوباً]

٤٢٣٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**له قذف زوجة علم زناها أو ظنه ظناً مؤكداً**) محله :

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/ ٢٣٠) .
(٢) تذكرة النبيه (٣/ ٤٧١) .
(٣) المنهاج (ص ٤٤١) .
(٤) الأم (٥/ ٢٩٥) ، مختصر المزني (ص ٢١٤) .
(٥) انظر « المنهاج » (ص ٤٤١) .
(٦) الروضة (٨/ ٣٢٥) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٥٢) .

ما إذا كان في نكاحه ؛ ولذلك قيده « الحاوي »[1] ، وذلك إذا لم يكن هناك ولد ، فإن كان . . فله النفي وإن لم يكن في نكاحه .

٤٢٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**كشياع زناها بزيدٍ مع قرينةٍ ؛ بأن رآهما في خلوةٍ**) مثل قول « الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**باستفاضةٍ مع مخيلةٍ ؛ كالرؤية معه في خلوةٍ**) وزاد « الحاوي » : (**وتحت شعارٍ ومراتٍ كثيرةٍ**)[2] وأشار بذلك إلىٰ حصول الظن برؤيتهما تحت شعار أو رؤيتها معه مرات كثيرة في محل الريبة ، وإن لم ينضم إلىٰ ذلك استفاضة زناه بها . . فتكون الرؤية تحت شعار ومرات كثيرة كالاستفاضة مع رؤية مرة ، وتبع فيه الإمام والغزالي[3] .

فقوله : (**وتحت شعار**) ليس معطوفاً علىٰ قوله : (**في خلوة**) وإن تبادر ذلك إلى الفهم ، بل علىٰ قوله : (**باستفاضة**) والتقدير : باستفاضة مع مخيلة ، برؤية وتحت شعار ، فكلاهما يبيح القذف ، وفيه مع ذلك تعسف ؛ لحذف المصدر وإبقاء معموله في محل الالتباس .

٤٢٣٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤١] : (**ولو أتت بولد علم أنه ليس منه . . لزمه نفيه**) أحسن من قول « الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**ونفي الولد إن تيقن**) لعدم تصريحه بلزوم ذلك ، واحتماله جوازه فقط وعدم الإفصاح بالمتيقن ، وإن دلت القرينة علىٰ أن المراد : تيقن انتفائه عنه ، وهما معاً أحسن من قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**ومن لحقه نسب يعلم أنه من زنا . . لزمه أن ينفيه**) لأنه لا يختص بذلك ، بل المدار علىٰ أن يعلم أنه ليس منه وإن لم يعلم أنها زنت .

٤٢٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٢] : (**وإن ولدته لفوق ستة أشهر من الاستبراء . . حل النفي في الأصح**) فيه أمور :

أحدها : تبع في اعتبار هـٰذه المدة من الاستبراء « المحرر » ، وكذا في « الشرح »[4] ، وقال النووي : وكذا فعل القاضي حسين والإمام والبغوي والمتولي ، **والصحيح** : ما قاله المحاملي وصاحب « المهذب » و« العدة » وآخرون : أن الاعتبار في الستة الأشهر من حين يزني الزاني بها ؛ لأن مستند اللعان زناه ، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من حين زنا ، ولأكثر من ستة أشهر من الاستبراء . . تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا ، فيصير وجوده كعدمه ، فلا يجوز النفي[5] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إذا كانت عنده ريبة من الزاني قبل ذلك واستبرأها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء ورأىٰ بعد الاستبراء القرينة المبيحة للقذف . . فلا حاجة أن يعتبر

---

(١) الحاوي (ص ٥٢٦) .
(٢) **الشعار** : ما ولي الجسد من الثياب . انظر « لسان العرب » (٤/ ٤١٣) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ١٠) ، و« الوسيط » (٦/ ٨٣) .
(٤) المحرر (ص ٣٥٦) ، فتح العزيز (٩/ ٣٥٩) .
(٥) الروضة (٨/ ٣٢٩) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/ ١٣٤) ، و« التهذيب » (٦/ ٢٣٠) ، و« المهذب » (٢/ ١٢١) .

وقت زنا الزاني ؛ لأنه قد يزني بها في خفية بعد الاستبراء لزمن يحدث من زناه الولد ، ويعاود الزنا فيراه الزوج في المرة التي لا تحتمل الحدوث فيها ، فيرجح ما ذكره القاضي حسين ومن تبعه .

ثانيها : قال شيخنا الإمام البلقيني تفريعاً علىٰ ما في « المنهاج » : الأحسن أن يزاد : (بحيث تحتمل حدوثه بعد الاستبراء) وذلك يستدعي لحظة بعد الاستبراء ولحظة بعد الأشهر ، فيعتبر ستة أشهر ولحظتان .

ثالثها : المراد : الاستبراء بحيضة ، وهل يحسب ابتداء الأشهر من ابتداء الدم أم من انقطاعه ؟ قال شيخنا ابن النقيب : لم أر من ذكره ، والذي يظهر أنه من طروئه ؛ لأنه الدال على البراءة[1] .

رابعها : تبع في ترجيح حل النفي في هـٰذه الصورة مطلقاً « المحرر »[2] ، وكذا في « الشرح الصغير » أنه أظهر ، وإلىٰ ترجيحه ذهب في « الوجيز » ، وقال في « الكبير » : هو المذكور في « التهذيب » ، **والراجح** في « الوجيز » ، وكلام العراقيين يوافقه أو يقرب منه[3] ، والذي في « أصل الروضة » : أن **الأصح** : أنه إن رأىٰ بعد الاستبراء القرينة المبيحة للقذف.. جاز ، بل وجب ، وإلا.. لم يجز ، قال : **وصححه** الغزالي ، وبه قطع العراقيون ، وبالأول قطع البغوي[4] .

والذي في « الروضة » **هو المعتمد** ؛ فإن الذي في « الوجيز » هو الوجه الثاني المفصل[5] ، وحكاه في « البسيط » عن العراقيين .

قال في « المهمات » : وكأنه سقط من كلام الرافعي لفظة ، وهي : (الثاني) أي : **والراجح** عند صاحب الكتاب : الثاني ، قال : وذلك لا يتأتىٰ في عبارته في « الشرح الصغير » .

وقال شيخنا ابن النقيب : كأن لفظة (الأول) في كتابي الرافعي سبق قلم ، و **صوابه** : (الثاني) لكنه لا يوافق حينئذ تصحيح « المحرر »[6] .

قلت : متىٰ جعلنا لفظة : (الأول) في كلام الرافعي في « الكبير » سبق قلم وصوابه : (الثاني).. لم يصح ذلك في النقل عن « التهذيب » فإنه إنما صحح الأول ، فما ذكره في « المهمات » من سقوط لفظة (الثاني) بعد نقل تصحيح « التهذيب » للأول أولىٰ ، والله أعلم .

ومشى « الحاوي » علىٰ ما في « الوجيز » و« الروضة » فقال : (**بمخيلة**)[7] .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٣٥) .
(٢) المحرر (ص ٣٥٦) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٥٩) .
(٤) الروضة (٨/ ٣٢٩) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ٢٣٠) .
(٥) الوجيز (٢/ ٩٢) .
(٦) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٣٦) .
(٧) الحاوي (ص ٥٢٦) .

٤٢٤١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**وإن رأىٰ فيه شبهاً بغيره . . فقد قيل : له نفيه ؛ وقيل : ليس له ذلك**) **الأصح** : الثاني ، ومحل الخلاف في الرافعي : مع مخيلة الزنا ، وجزم بالمنع بدونها(١) ، لكن في « الكفاية » إجراء الخلاف مطلقاً .

٤٢٤٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٢] : (**ولو علم زناها واحتمل كون الولد منه ومن الزنا . . حرم النفي ، وكذا القذف واللعان على الصحيح**) قال الرافعي : إن الإمام نقله عن العراقيين والقاضي ، قال الإمام : والقياس جوازه ، قال الرافعي : فحصل وجهان ، المشهور منهما : المنع ؛ لأن اللعان حجة ضرورية لدفع النسب أو الفرقة حيث لا ولد ؛ لئلا يحدث ولد على الفراش الملطخ ، فلا فائدة له مع حصول الولد ، والفراق ممكن بالطلاق(٢) .

قال النووي : هـٰذا النقل عن العراقيين مطلقاً غير مقبول ؛ ففي « المهذب » : إن غلب علىٰ ظنه أنه ليس منه ؛ بأن كان يعزل ورأىٰ فيه شبه الزاني . . لزمه نفيه باللعان ، يعني : بعد قذفها ، وإن لم يغلب علىٰ ظنه . . لم ينفه ، وفي « الحاوي » : إذا وطىء ولم يستبرء ورآها تزني . . فهو بالخيار بين اللعان بعد القذف والإمساك ، وأما الولد : فإن ظن أنه ليس منه . . نفاه ، أو أنه منه . . لم يجز نفيه ، وإن لم يظن أحد الأمرين . . جاز تغليب حكم لشبهه ، قال النووي : وهـٰذا هو القياس الجاري علىٰ قاعدة الباب(٣) .

٤٢٤٣ـ قول « التنبيه » في لحاق النسب في الأمة [ص ١٩١] : (**وإن قال : « كنت أطأ وأعزل » . . لحقه**) وقول « المنهاج » في (الاستبراء) [ص ٤٥٣] : (**ولو قال : « وطئت وعزلت » . . لحقه في الأصح**) لا يختص بالأمة ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » هنا فقال [ص ٤٤٢] : (**ولو وطىء وعزل . . حرم على الصحيح**) أي : النفي .

٤٢٤٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**وإن قال : « كنت أطأ فيما دون الفرج » . . فقد قيل : يلحقه ، وقيل : لا يلحقه**) لا يختص بالأمة أيضاً ، **والأصح** : أنه لا يلحقه .

فصل

[في كيفية اللعان وشروطه وثمراته]

٤٢٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٩] : (**واللعان : أن يأمره الحاكم ليقول أربع مرات : « أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به »**) فيه أمور :

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٦٠) .

(٢) فتح العزيز (٩/ ٣٦١ ، ٣٦٢) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/ ١٣) .

(٣) الروضة (٨/ ٣٣١) ، وانظر « المهذب » (٢/ ١٢١) ، و« الحاوي الكبير » (١١/ ١٨) .

أحدها : أن أمر الحاكم بذلك ليس هو اللعان ، وإنما اللعان : قول هٰذه الكلمات بأمر الحاكم ، فكان ينبغي التعبير بذلك ؛ ولهٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٤٢] : (**اللعان : قوله كذا وكذا**) ثم قال بعد ذلك : (**ويشترط فيه أمر القاضي ، ويُلَقِّن كلماته**)[١] ، وعبارة « الحاوي » في تفسيره [ص ٥٢٦] : (**أربعاً أشهد بالله إني لمن الصادقين فيه**) ولم يتعرض لاشتراط أمر القاضي ، لكنه مفهوم من كونه يميناً .

ثانيها : لا يكفي قوله : (**فيما رميتها به**) بل لا بد أن يقول : (من الزنا) ولذلك صرح به « المنهاج »[٢] ، واكتفى « الحاوي » بالضمير في قوله : (**فيه**)[٣] وهو عائد علىٰ ما رماها به من الزنا ، ولو أفصح بذلك . . لكان أحسن .

ثالثها : عبر عن المرأة بالضمير في قوله : (**رميتها**) وعبر « المنهاج » باسم الإشارة فقال [ص ٤٤٢] : (**هٰذه**) ، وعبارة « أصل الروضة » : (زوجتي)[٤] .

وحكي عن البندنيجي والمتولي وغيرهما : أنه يقول : (زوجتي هٰذه) ، وأجحف « الحاوي » في ذلك كما قدمت عبارته .

رابعها : يستثنىٰ من ذلك : ما إذا ادعت عليه القذف فأنكره ، أو سكت فأثبتته بالبينة . . فلا يقول : (فيما رميتها به) ، وإنما يقول : (فيما أثبتت علي من رميي إياها بالزنا) ، ذكره الرافعي والنووي[٥] ، وهٰذا وارد على « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

٤٢٤٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٩] : (**ويسميها إن كانت غائبة**) زاد « المنهاج » [ص ٤٤٢] : (**ورفع نسبها بما يميزها**) وفي « تعليق الشيخ أبي حامد » : (بما يميزها عن سائر زوجاته إن كان في نكاحه غيرها) .

قال في « أصل الروضة » : وقد يشعر هٰذا بالاستغناء بقوله : (فيما رميت به زوجتي) عن الاسم والنسب إذا لم يكن تحته غيرها[٦] .

قال ابن الرفعة : إن صح ذلك . . فشرطه علم الحاكم بها .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لا إشعار له بذلك ؛ لاحتمال إرادة زوجة كانت قبلها ، وكلام أبي حامد على المبالغة في الاحتياط ، فلا يشعر بالتخفيف . انتهىٰ .

---

(١) المنهاج (ص ٤٤٢) .
(٢) المنهاج (ص ٤٤٢) .
(٣) الحاوي (ص ٥٢٦) .
(٤) الروضة (٨/ ٣٥٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٩٠) ، و« الروضة » (٨/ ٣٤٨) .
(٦) الروضة (٨/ ٣٥٠ ، ٣٥١) .

والمراد : الغيبة عن البلد أو المجلس .

٤٢٤٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٢] و« الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**والخامسة : « أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين »**) زاد « المنهاج » [ص ٤٤٢] : (**فيما رماها به من الزنا**) ولو عبرا بضمير المتكلم في قوله : (**علي**) وفي قوله : (**كنت**) كما في « التنبيه » و« الروضة »[1] .. لكان أحسن ؛ فإنه اللفظ الذي يأتي به .

٤٢٤٨ـ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**وإن كان ولد ينفيه... ذكره في الكلمات فقال : « وإن الولد الذي ولدته ، أو هٰذا الولد من الزنا ليس مني »**)[2] يقتضي عدم الاكتفاء بقوله : (**من زنا**) وهو الذي حكاه الرافعي عن كثيرين ، وحكاه في « الكفاية » عن الأكثرين ، وحكى الرافعي عن تصحيح البغوي الاكتفاء به[3] **وصححه** في « الشرح الصغير » والنووي في « أصل الروضة » من غير تنبيه علىٰ أنه من زيادته[4] .

٤٢٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٢] و« الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**والخامسة : « أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين »**) لو عبرا بضمير المتكلم كما فعل « التنبيه » [ص ١٨٩] .. لكان أولىٰ ؛ لأنه اللفظ الذي تأتي به كما تقدم .

٤٢٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٠] : (**فإن أبدل لفظ الشهادة بالحلف أو القسم.. فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : الثاني ، وقد ذكره « المنهاج »[5] ، ويرد عليهما معاً : أن صواب العبارة : (لفظ الحلف بالشهادة) لأن الباء تدخل على المتروك .

٤٢٥١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٠] : (**وإن أبدلت لفظ الغضب باللعنة.. لم يجز ، وإن أبدل الزوج لفظ اللعنة بالغضب.. فقد قيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : عدم الجواز ، وقد ذكره « المنهاج » إلا أنه أجرى الخلاف في الصورتين معاً[6] ، وقطع « التنبيه » في الأولىٰ ، وطريقه في عبارته ما تقدم من إدخال الباء علىٰ غير المتروك ، وأما قول « المنهاج » [ص ٤٤٢] : (**أو غضبٍ بلعنٍ ، أو عكسه**) فالأمر فيه قريب ؛ فإنهما مسألتان في كل مسألة متروك .

٤٢٥٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٣] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**ويُغلَّظ بزمان ؛ وهو بعد عصر جمعة**) محمول علىٰ ما إذا وافقه ، أو لم يتأكد الطلب ، وقول « التنبيه » [ص ١٩٠] :

---

(١) التنبيه (ص ١٨٩) ، الروضة (٨/٣٥١) .

(٢) انظر « الحاوي » (ص ٥٢٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٤٢) .

(٣) انظر « التهذيب » (٦/٢٠٩) ، و« فتح العزيز » (٩/٣٩٥) .

(٤) الروضة (٨/٣٥١) .

(٥) المنهاج (ص ٤٤٢) .

(٦) المنهاج (ص ٤٤٢) .

(**بعد العصر**) بلا تقييد بعصر الجمعة محمول علىٰ ما إذا تأكد الطلب.. فلا يؤخر إلىٰ عصر الجمعة ، وقد صرح بهٰذا التفصيل القفال وغيره ، والمراد : **بعد صلاة العصر** .

٤٢٥٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**وعند المقام بمكة**) تبع فيه الغزالي[١] ، والذي في « التنبيه » و« المنهاج » وغيرهما : بين الركن والمقام[٢] ، وهو **المعتمد** .

٤٢٥٤ـ قولهما : (**والمدينة : عند المنبر**)[٣] هٰذا لفظ الشافعي ، وقال في موضع آخر : على المنبر[٤] ، وللأصحاب في صعوده أوجه ، **أصحهما** : يصعد ، كذا في « أصل الروضة »[٥] ، وحكى الرافعي تصحيحه عن البغوي[٦] ، ومشى « الحاوي » على الأول ، بل زاده اتساعاً فقال : (**وبين المنبر والمدفن بالمدينة**)[٧] .

٤٢٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٣] : (**وغيرها : عند منبر الجامع**) زاده « الحاوي » اتساعا كما فعل فيما تقدم فقال [ص ٥٢٦] : (**ومقصورة الجامع**) أي : وهي المقصورة المحيطة بالمنبر ، وقال بعضهم : أراد بالمقصورة : المنبر ، وقال الرافعي : طرد المتولي الخلاف في صعود المنبر في غير المدينة . انتهىٰ[٨] .

ومقتضاه : ترجيح صعوده كما تقدم في المدينة .

وعبارة « التنبيه » [ص ١٩٠] : (**عند المنبر أو على المنبر**) .

٤٢٥٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**ولو زنديقاً**) أي : يغلظ على الملاعن ولو كان زنديقاً ، وفي معناه : المعطل ، وقد تبع فيه الغزالي[٩] ، وهو ظاهر إطلاق « التنبيه » و« المنهاج » ، لكن حكى الرافعي عن النص والأكثرين : أنه لا يغلظ عليه بالمكان ، وقال : إذا لم يغلظ في المكان.. ففي الزمان والجمع أولىٰ[١٠] .

٤٢٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٣] و« الحاوي » [ص ٥٢٦] : (**وحائض : بباب المسجد**) و« التنبيه » [ص ١٩٠] : (**وإن كان أحدهما جنباً.. لاعن علىٰ باب المسجد**) محله : في

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/٩٦) .
(٢) التنبيه (ص ١٩٠) المنهاج (ص ٤٤٣) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ١٩٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٤٣) .
(٤) انظر « مختصر المزني » (ص ٢٠٩) .
(٥) الروضة (٨/٣٥٦) .
(٦) انظر « التهذيب » (٦/٢٠٨) ، و« فتح العزيز » (٩/٤٠٤) .
(٧) الحاوي (ص ٥٢٦) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٠٥) .
(٩) انظر « الوجيز » (٢/٩٦) .
(١٠) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٠٣) .

المسلمين ، أما أهل الذمة . . فيمكنون من المكث في المسجد واللعان فيه مع الجنابة والحيض **على الأصح** ، كذا في « أصل الروضة »[(١)] هنا ، وقال الرافعي : إنه سبق في الصلاة كذلك[(٢)] ، والذي سبق هناك الجزم بمنع الحائض وتصحيح الجواز في الجنب فقط ، وكل ذلك إذا رأى الحاكم التعجيل ، فإن رأى التأخير إلىٰ زواله . . جاز ، قاله المتولي .

٤٢٥٨ــ قول « التنبيه » [ص ١٩٠] : (**وإن ترك التغليظ بالمكان . . ففيه قولان**) **الأظهر** : جوازه ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٤٣] : (**إنه سنة**) و « الحاوي » فقال [ص ٥٢٦] : (**إنه أولىٰ**) وجزم « التنبيه » بجواز ترك التغليظ بالزمان ترجيح لطريق القطع فيه ، **والأصح** : طرد الخلاف .

٤٢٥٩ــ قول « التنبيه » [ص ١٩٠] و« الحاوي » [ص ٥٢٧] ـ والعبارة له ـ : (**وعند الخامسة يضع واحدٌ يده علىٰ فيه**) أي : ويأتي من ورائه ، صرح به الإمام والغزالي حتىٰ في « الوجيز »[(٣)] ، وأسقطه الرافعي كأنه ذهول ، وتبعه النووي علىٰ إسقاطه ، وسمعت شيخنا الإمام البلقيني في درسه يميل إلىٰ أن الشخص يضع يده علىٰ في نفسه إشارة إلى انكفاف الملاعن عن الخامسة ؛ لينزجر بذلك ، لا أنه يضع يده علىٰ في الملاعن ، وهو بعيد .

٤٢٦٠ــ قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : (**يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل**) كان ينبغي أن يقول : (مختار) ليخرج المكره ، وقد يفهم ذلك من كونه يميناً ، وقد وفّىٰ بذلك قول « المنهاج » [ص ٤٤٣] : (**شرطه : زوج يصح طلاقه**) وأورد في « الكفاية » أنه يشمل ما إذا اعتقل لسانه وزواله مرجو ، **والأصح** : انتظاره ثلاثة أيام ، ولا يُكتفىٰ بالإشارة .

٤٢٦١ــ قول « التنبيه » [ص ١٨٩] : (**وإن كان قد سمى الزاني وذكره في اللعان . . سقط ما وجب عليه من حده ، وإن لم يسمه . . ففيه قولان ، أحدهما : يسقط عنه حده ، والثاني : لا يسقط**) **الأصح** : عدم السقوط ، وعليه يدل قول « الحاوي » [ص ٥٢٨] : (**ويسقط الحد ، وللأجنبي إن ذكر فيه**) .

٤٢٦٢ــ قولهما ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويتعلق بلعانه : فرقة ، وحرمة مؤبدة وإن أكذب نفسه ، وسقوط الحد عنه ، ووجوب حد زناها ، وانتفاء نسب نفاه بلعانه**)[(٤)] قد يفهم منه حصر أحكامه في هٰذه الخمسة ، وهو ظاهر قول « أصل الروضة » : ويتعلق بلعان الزوج خمسة أحكام ، وأورد عليه النووي من زيادته المسألة المتقدمة ، وهي سقوط حد الزاني بها عن الزوج إن سماه في

---

(١) الروضة (٨/٣٥٥) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٠٣) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٥/٥٧) ، و« الوسيط » (٦/١٠٦) ، و« الوجيز » (٢/٩٦) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ١٨٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٤٣) .

لعانه ، وكذا إن لم يسمه علىٰ وجه[1] ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي » كما تقدم ، وسقوط حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي ، وقد ذكره « الحاوي »[2] .

وتشطير الصداق قبل الدخول ، واستباحة نكاح أختها وأربع سواها في عدتها ، وزاد شيخنا الإمام البلقيني : سقوط النفقة في العدة إذا لم تكن حاملاً من الزوج ، وأنه لا يلحقها طلاق في العدة ولا خلع ولا ظهار ولا إيلاء ، وأنه لو مات أحدهما في العدة . . لم يرثه الآخر ، ولا يتخرج فيه خلاف الغار ، وأنها تخطب في عدتها بالتعريض لا بالتصريح ، وأنه يعود لها حق الحضانة بمجرده كالطلاق البائن ، ولا يأتي فيه خلاف المزني في الرجعية ، ولو وصفت الفرقة بأنها بائن . . لاستغنىٰ عن ذلك ، وبه عبر « التنبيه » فقال [ص ١٨٩] : (**وبانت منه**) .

واعلم : أن « الحاوي » قال في وجوب حد زناها : (**ولو ذمية إن رضيت بحكمنا**)[3] ومقتضاه : أنه لا يجب حد الزنا بذلك على الذمية إذا لم ترض بحكمنا ، وحكي عن النص واختاره الغزالي ، **لكن الأظهر** : أنه لا يشترط رضاها ؛ ولذلك أطلقه « التنبيه » و« المنهاج » ، وظاهر كلام الرافعي والنووي فيما إذا قذفها بزنا إضافة إلىٰ ما قبل النكاح ولاعن لنفي النسب إن صححناه : **أن الأصح** : أنه لا يجب عليها حد الزنا ؛ لأن **الأصح** : أنها لا تلاعن[4] ، وقول « المنهاج » [ص ٤٤٣] : (**وإن أكذب نفسه**) يعود للمذكورين قبله ، وهما الفرقة ، والحرمة المؤبدة ، ويقتضي في المذكورات بعده تغير الحكم بإكذابه نفسه ، وهو معروف في سقوط الحد عنه وانتفاء النسب ، فيعودان ، وأما في وجوب حد زناها . . فقال ابن الرفعة : لم أره مصرحاً به ، لكن في كلام الإمام ما يفهم سقوطه في ضمن تعليل .

٤٢٦٣ـ قول « التنبيه » في لحاق النسب [ص ١٩٠] : (**وإن لم يمكن أن يكون منه ؛ بأن يكون له دون عشر سنين**) موافق للفظ الشافعي[5] ، وأخذ بعضهم بظاهره ، **والأصح** : أنها إن أتت به وله تسع سنين وستة أشهر ولحظة تسع الوطء . . لحقه .

٤٢٦٤ـ قوله : (**أو أتت به امرأته لدون ستة أشهر من حين العقد**)[6] كذا لو ولدته لستة أشهر من العقد ، فكان ينبغي التعبير به كما فعل « المنهاج »[7] ولذلك قال « الحاوي » في العدد : (**وإمكان**

---

(١) الروضة (٨/٣٥٦) .
(٢) الحاوي (ص ٥٢٨) .
(٣) الحاوي (ص ٥٢٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٣٦٩) ، و« الروضة » (٨/٣٣٥) .
(٥) انظر « مختصر المزني » (ص ٢٠٨) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ١٩١) .
(٧) المنهاج (ص ٤٤٣) .

الولد الكامل ستة أشهر والصورة أربعة ، واللحم ثمانون يوماً) ثم قال : (**ولحظتان في الكل**)[1] .

٤٢٦٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**أو أتت به مع العلم بأنه لم يجتمع معها**) معترض من جهة اللفظ ؛ فقد قال الحريري في « درة الغواص » : لا يقال : اجتمع فلان مع فلان ، بل : اجتمع فلان وفلان ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٤٣] : (**أو طلق في مجلسه ، أو نكح وهو بالمشرق وهي بالمغرب**) والتعبير بعدم الاجتماع أعم .

٤٢٦٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٤] : (**وله نفي حمل وانتظار وضعه**) محله : ما إذا ادعىٰ بعد وضعه أنه لم يتحقق فأخر ليتحقق ، أما لو قال : علمته ولداً ولكني قلت : لعله يموت ، فأُكْفَى اللعان . . لحقه ، صرح به « الحاوي » فقال [ص ٥٢٧] : (**حالاً لا في الحمل ، لا إن قال : عرفت**) و« التنبيه » في لحاق النسب[2] ، ولا ينافي ذلك قوله في اللعان : (**وإن قذفها وانتفىٰ عن حملها . . فله أن يلاعن ، وله أن يؤخر إلىٰ أن تضع**)[3] لأن المذكور في اللعان أنه نفىٰ وتأخر اللعان ، وفي لحاق النسب لم ينف ؛ فاحتاج إلى التقييد .

٤٢٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**فإن قال : لم أعلم أن لي النفي ، أو لم أعلم أن النفي على الفور وكان من العامة . . فقد قيل : يقبل ، وقيل : لا يقبل**) **الأصح** : القبول ، كذا في « تصحيح التنبيه »[4] و« الكفاية » ، وألحقه الرافعي بخيار المعتقة[5] .

٤٢٦٨ـ قول « التنبيه » فيما إذا أخر النفي لعذر [ص ١٩١] : (**أو كان غائباً ولم يمكنه أن يسير**) يخرج ما إذا أمكن سيره ولكن أراد التأخير ليرجع إلىٰ بلده **والأصح** في « الشرح الصغير » : جوازه ؛ فقد يريد الانتقام منها بالشهرة .

فصل

[سقوط الحد باللعان وما يتعلق بلحاق النسب]

٤٢٦٩ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٨] : (**فإذا قذف زوجته من يصح لعانه فوجب عليه الحد أو التعزير وطولب به . . فله أن يسقطه باللعان**) محله : في تعزير التكذيب الواجب بقذف ذمية أو رقيقة أو نحوهما ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٤٤] : (**إلا تعزير تأديب لكذب ؛ كقذف طفلة لا توطأ**) وقد ذكره « التنبيه » بعد ذلك فقال [ص ١٨٩] : (**وإن قذفها بالزنا ومثلها لا يُوطأ . . عُزِّرَ ولم يلاعن**)

---

(١) الحاوي (ص ٥٣١) .
(٢) التنبيه (ص ١٩١) .
(٣) التنبيه (ص ١٨٩) .
(٤) تصحيح التنبيه (٢/ ٩٤) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤١٧) .

ومقتضىٰ كلامهما : أن اللعان جائز فقط لا واجب ، وبه صرح الماوردي ، لكن قال في « الكفاية » : قد يظهر وجوب اللعان إذا لم تكن بينة . انتهىٰ .

وصرح الشيخ عز الدين بن عبد السلام بوجوب اللعان حيث لا بينة .

٤٢٧٠ـ قول « التنبيه » فيما لو أبانها وقذفها بزنا أضافه إلىٰ حال النكاح [ص ١٨٩] : (**وإن كان حملاً لم ينفصل . . فقد قيل : لا يلاعن حتىٰ ينفصل ، وقيل : فيه قولان) الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : أنه يلاعن ، وهو مقتضىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٢٧] : (**ولو حملاً**) وكذا نقله في « الروضة » وأصلها عن ترجيح الأكثرين[1] ، لكن **صحح** في « الشرح الصغير » : أنه لا يلاعن قبل الانفصال ، وهو مقتضىٰ قول « المنهاج » [ص ٤٤٤] : (**لاعن إن كان ولد يلحقه**) .

٤٢٧١ـ قوله فيما لو قذف زوجته بزنا أضافه إلىٰ ما قبل النكاح : (**وإن كان هناك ولد . . فقد قيل : لا يلاعن ، وقيل : يلاعن وهو الأصح**)[2] أقره النووي في « تصحيحه » عليه ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٢٧] : (**إنما يلاعن لنفي نسبٍ ممكن**) ونقله في « الشرح الصغير » عن ترجيح الأكثرين ، وحكاه في « الكبير » عن القاضي أبي الطيب والإمام والروياني وغيرهم ، وحكىٰ نفي اللعان عن الشيخ أبي حامد وجماعة[3] ، **ورجحه في** « المحرر » و« المنهاج »[4] ، وفي زيادة « الروضة » : إنه أقوىٰ[5] ، وفي « المهمات » : **إن الفتوىٰ على اللعان** ؛ لكونه قول الأكثرين .

٤٢٧٢ـ قول « المنهاج » تفريعاً علىٰ أنه لا يلاعن [ص ٤٤٤] : (**لكن له إنشاء قذف ويلاعن**) زاد في « الروضة » وأصلها : فإن لم يفعل . . حد[6] .

قال في « الكفاية » : ومفهومه أنه إذا أنشأ قذفاً ولاعن . . أنه لا يحد ، وقضية كلام القاضي حسين أنه يحد .

٤٢٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٨٩] : (**وإن انتفىٰ عن ولدها وقال : « وطئك فلان بشبهة » . . عرض الولد على القافة ، ولم يلاعن لنفيه**) فيه أمور :

أحدها : محل العرض على القائف : ما إذا اعترف به الواطىء كذا في « الروضة » وأصلها هنا[7] ، وقالا في دعوى النسب : إنه لا يكفي اعتراف الزوج والواطىء ، بل لا بد من إقامة بينة

---

(١) فتح العزيز (٩/ ٣٧٢) ، الروضة (٨/ ٣٣٧) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ١٨٩) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٣٧٣) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٣٠) ، و« بحر المذهب » (١٠/ ٣٦٥) .
(٤) المحرر (ص ٣٥٩) ، المنهاج (ص ٤٤٤) .
(٥) الروضة (٨/ ٣٣٧) .
(٦) فتح العزيز (٩/ ٣٧٣) ، الروضة (٨/ ٣٣٧) .
(٧) فتح العزيز (٩/ ٣٨٣) ، الروضة (٨/ ٣٤٣) .

بالوطء ؛ لأن للمولود حقاً في النسب ، قالا : ولو كان المدعىٰ نسبه بالغاً واعترف بجريان وطء الشبهة . . وجب أن يغني عن البينة[1] .

ثانيها : ومحل عدم اللعان : ما إذا اعترف به الواطىء وألحقه القائف به ، فلو ألحقه بالزوج . . فلا لعان أيضاً كما جزم به الرافعي والنووي[2] ، وجزم ابن الرفعة في « الكفاية » وقبله الروياني في « البحر » بأنه يلاعن ، وصوبه شيخنا الإمام البلقيني ، وتبع « التنبيه » العراقيين في عدم اشتراط تصديق الواطىء كما حكاه في « الكفاية » عن الإمام .

ثالثها : أن صورة المسألة : أن يدعي الاشتباه عليهما ، فلو نسبها إلى الزنا والواطىء إلى الشبهة . . فهو قاذف لها ؛ فله أن يلاعن لدرء الحد ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٢٧ ، ٥٢٨] : (**وشبهة من الجانبين واعتراف الواطىء ، وإمكان اللحوق به**) ومقتضاه : أن الشبهة إذا كانت منهما . . لا لعان لرفع التعزير ، ومقتضىٰ إيراد الرافعي ترجيح خلافه .

٤٢٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٠] : (**فإذا تلاعنا ثم قذفها الزوج . . عزر ولم يلاعن علىٰ ظاهر المذهب**) فيه أمور :

أحدها : أن الخلاف الذي أشار إليه بقوله : (**علىٰ ظاهر المذهب**) يعود للتعزير ، ومقابله أنه يحد ، وأما اللعان : فلا خلاف فيه ؛ ففيه تقديم وتأخير كما قيل في قوله تعالىٰ : ﴿ فَجَعَلَهُۥ غُثَآءً أَحْوَىٰ ﴾ .

نعم ؛ في الجيلي عن « مختصر الجويني » و« الخلاصة » طرد الخلاف فيه أيضاً .

ثانيها : صورة المسألة : أن يقذفها بذلك الزنا أو يطلق ، فلو قذفها بزنا آخر . . **فالمذهب** : أنه يحد ، وقيل : يعزر ، وعلىٰ كل حال : فليس له اللعان ؛ لأنها بائن ولا ولد ، وقد ترد هـٰذه الصورة علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٢٨] : (**وتسقط حصانتها في حقه**) .

ثالثها : خرج بقوله : (**تلاعنا**) صورتان :

إحداهما : أن يلاعن هو فقط ولا تعارض هي لعانه بلعان . . فلا يلزمه إلا التعزير ، وقيل : يجب الحد إن قذفها بزنا آخر .

الثانية : أن لا يلاعن ، بل يحد للقذف ، فإن قذفها بذلك الزنا . . عزر ، ولا يلاعن لإسقاط هـٰذا التعزير **على الأصح** ، وإن قذفها بزنا آخر . . **فالأصح** عند البغوي : أنه يعزر ، وحكاه عن عامة العلماء[3] ، وعند أبي الفرج الزاز أنه يحد .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه **المعتمد** ، وعلى الوجهين : لا يلاعن **على الأصح** ، ومال

---

(١) فتح العزيز (١٣/ ٣٠٠) ، الروضة (١٢/ ١٠٤) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٣٨٣) ، و« الروضة » (٨/ ٣٤٣) .

(٣) انظر « التهذيب » (٦/ ٢٠١) .

شيخنا الإمام البلقيني إلىٰ مقابله ، وقال : **الصواب** : أنه لو قذفها بزنا حادث علىٰ فراشه بعد الحد.. أنه يحد له ، وأنه يلاعن لدفعه لا توقف فيه ؛ فإنه زوج قاذف تناولته الآية الشريفة ، فخروجه من اللعان لا وجه له ، وذلك ظاهر من القواعد ، ولا يلزم من ظهور كذبه في تلك الدعوىٰ وإقامة الحد عليه بامتناعه من اللعان كذبه في القذف الثاني بالزنا الحادث ، والله أعلم .

٤٢٧٥ـ قوله : **(وإن اشترك اثنان في وطء امرأة فأتت بولد لو انفرد كل واحد منهما به لحقه.. عرض على القائف)**[١] صورته : أن يدعياه ويقيم كل منهما بينة أنه منه أو ولد علىٰ فراشه ، وألاَّ يكون أحدهما زوجاً ؛ فهو للزوج إن ادعاه ، وإن قال : إنه ابن الآخر.. فلا بد في العرض على القائف من اعتراف الآخر أو بينة بالوطء علىٰ ما تقدم .

٤٢٧٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٢٨] : **(قذف بكراً ، فتزوجت آخر ، ووطئها ، ثم قذفها ، ولاعنا ولم تلاعن.. فتجلد ثم ترجم)** هو قول ابن الحداد ، وقال الشيخ أبو علي : إنه ظاهر المذهب ، **وصححه** في « أصل الروضة »[٢] ، وقيل : يُكتفىٰ بالرجم ، وبه جزم « الحاوي » في حد الزنا[٣] ، وسيأتي التنبيه عليه هناك أيضاً .

* * *

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ١٩٢) .
(٢) الروضة (٨/ ٣٤٠ ، ٣٤١) .
(٣) الحاوي (ص ٥٨٥) .

كتاب العدد

٤٢٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٩] : **(إذا طلق الرجل امرأته بعد الدخول . . وجبت عليها العدة)** فيه أمران :

أحدهما : أن ذلك لا يختص بالطلاق ، بل يتعدىٰ إلىٰ كل فرقة في الحياة ولو بفسخ ؛ ولهٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٢٩] : **(بفراق حياة زوج)** و« المنهاج » [ص ٤٤٥] : **(بفرقة حي بطلاق وفسخ)** زاد « المحرر » : (اللعان)[١] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٢] ، ولم يذكره « المنهاج » لدخوله في الفسخ .

ثانيهما : المراد بالدخول : الوطء ، وفي معناه : استدخالها منيه ، وقد ذكره « المنهاج » و« الحاوي »[٣] ، ودخل في عبارتهما ما لو كان مني زوجها الذي استدخلته من زنا ، وهو احتمال للبغوىٰ بعد أن نقل أنه لا عدة في هٰذه الصورة .

٤٢٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٥] : **(وإن تيقَّن براءةَ الرحمِ)** زاد في « المحرر » : (حتىٰ لو علق علىٰ براءة الرحم يقيناً ووجدت الصفة . . وجبت العدة إذا كانت مدخولاً بها)[٤] وأسقط «المنهاج» مسألة التعليق ؛ لفهمها مما ذكره وذكرها « الحاوي »[٥] ، ولم يتعرض « المنهاج » و« الحاوي » للعدة بوطء الشبهة ، وذكره « التنبيه » فقال [ص ٢٠٠] : **(ومن وطئت بشبهة . . وجبت عليها عدة المطلقة)** والمراد : شبهة النكاح ، لكن لو وطىء حرة يظنها أمته . . فإنها تعتد بثلاثة أقراء **على المشهور في** « الشرح الصغير » ، وفي معنى الوطء : استدخالها مني من تظنه زوجها ، كذا قال الرافعي هنا[٦] ، وفيه نظر ؛ فإن الاعتبار في وجوب العدة بالاشتباه عليه لا عليها ، وقول « الحاوي » [ص ٥٢٩] : **(تعتد الحرة بفراق حياة زوج استدخلت ماءه ، أو وطء)** يقتضي مخالفة الأمة لها في سبب العدة ، وليس كذلك ، وإنما تخالفها في كيفية العدة ؛ ولذلك قيد « الحاوي » بها ، ولو أطلق أولاً كما فعل « التنبيه » و« المنهاج »[٧] ثم فَصَّل بين الحرة والأمة في كيفية العدة . . لأصاب .

---

(١) المحرر (ص ٣٦٠) .
(٢) فتح العزيز (٩/ ٤٢٣) ، الروضة (٨/ ٣٦٥) .
(٣) الحاوي (ص ٥٢٩) ، المنهاج (ص ٤٤٥) .
(٤) المحرر (ص ٣٦٠) .
(٥) الحاوي (ص ٥٢٩) .
(٦) فتح العزيز (٩/ ٤٢٣ ، ٤٢٤) .
(٧) التنبيه (ص ٢٠٠) ، المنهاج (ص ٤٤٥) .

٤٢٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٥] : (**وعدةُ حرةٍ ذاتِ أقراءٍ ثلاثة**) أي : ثلاثة أقراء ، قال شيخنا ابن النقيب : وكان الأحسن أن يقول : (**ذات قروء ثلاثة أقراء**) لأن القروء جمع كثرة والأقراء جمع قلة[١] .

وقال بعضهم : التعبير بثلاثة قروء أولىٰ ؛ لموافقة نظم القرآن العظيم ؛ ولأن ابن الأنباري قال : القروء من الأضداد ؛ فجمع القرء إذا كان للطهر قروء ؛ ولهـٰذا قال تعالىٰ : ﴿ثَلَٰثَةَ﴾ بالتاء ؛ لأنه لمذكر .

وقال الأعشىٰ : [من بحر الطويل]

لِمَـا ضـاع فيهـا مـن قـروءِ نِسَـائِكـا

وجمع القرء إذا كان للحيض أقراء ، قال عليه الصلاة والسلام : « دعي الصلاة أيام أقرائك »[٢] . انتهىٰ .

وعبر « التنبيه » و« الحاوي » بالأقراء[٣] ، وقول « المنهاج » [ص ٤٤٥] : (**والقرء : الطهر**) أراد : القرء المذكور جمعه في الآية ، وأما أصله في اللغة . . **فالأصح** : أنه مشترك بين الطهر والحيض ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٢٩] : (**ثلاثةَ أقراءٍ أطهارٍ**) وعبارة « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وإن كانت من ذوات الأقراء . . اعتدت بثلاثة أطهار**) .

٤٢٨٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**ومتىٰ يحكم بانقضاء العدة ؟ قيل : فيه قولان ، أحدهما : إن كان الطلاق في طهر . . انقضت العدة بالطعن في الحيضة الثالثة ، وإن كان في الحيض . . انقضت العدة بالطعن في الحيضة الرابعة**) **الأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج »[٤] وأورد في « الكفاية » على « التنبيه » أن قوله : (**إن كان الطلاق في طهر**) يصدق علىٰ ما لو وقع في آخر الطهر بقوله : أنت طالق في آخر جزء من أجزاء طهرك ، **والأصح** : أنه لا يعتد به قرءاً ، فيحمل علىٰ ما إذا بقي بعد الطلاق منه بقية ، وذلك قد يرد علىٰ قول « المنهاج » [ص ٤٤٥] : (**فإن طُلِّقَت طَاهِراً**) ولا يرد علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٣٠] : (**وباقي الطهر الأول واحد**) لدلالته علىٰ أنه لا بد من بقية بعد الطلاق .

٤٢٨١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**والثاني : لا تنقضي حتىٰ تحيض يوماً وليلة**) كان ينبغي أن يعبر بقوله [ص ٢٠٠] : (حتىٰ يمضي) كما فعل في « التنبيه » [ص ٢٠٠] مختصره ؛ لأن علته أنا

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/٤٨ ، ٤٩) .

(٢) أخرجه الدارقطني (١/٢١٢) .

(٣) التنبيه (ص ٢٠٠) ، الحاوي (ص ٥٢٩) .

(٤) المنهاج (ص ٤٤٥) .

لا نعلم قبل يوم وليلة كونه حيضاً ؛ ولذلك عبر « المنهاج » عنه بقوله [ص ٤٤٥] : (**وفي قول : يشترط يوم وليلة**) .

٤٢٨٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٥] : (**وهل يُحْسَبُ طُهرُ مَن لم تَحِضْ قرءاً ؟ قولان ؛ بِنَاء علىٰ أن القَرْءَ انتقالٌ من طهرٍ إلىٰ حيضٍ ، أم طُهرٌ مُحْتَوَشٌ بِدَمَيْنِ ؟ والثاني : أظهر**) أي : في المبنىٰ ، وهو عدم حسبانه قرءاً ؛ فقد قال في « أصل الروضة » : إنه أقرب إلىٰ ظاهر النص[1] ، وقال في « الشرح الصغير » : إنه الأظهر ، وصححه في « تصحيح التنبيه »[2] ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٢٩] : (**تحتوش الدم**) ، لكن صحح « التنبيه » مقابله ، فقال فيما إذا حاضت الصغيرة في أثناء الشهر : (**ويحتسب بما مضىٰ طهراً ، وقيل : لا يحتسب ، والأول أصح**)[3] وفي المبني عليه ، وهو أن القرء طهر محتوش بدمين ؛ فقد صححه في « المحرر » و« أصل الروضة »[4] ، وحكاه في « الشرح الصغير » عن الأكثرين ، وفي « الكبير » عن البغوي والروياني وغيرهما ، قال : وفيه مخالفة لما سبق في الطلاق أن الأكثرين أوقعوا الطلاق في الحال إذا قال للتي لم تحض : (أنت طالق في كل قرء) ، ويجوز أن يجعل ترجيحهم لوقوع الطلاق لمعنىً يختص بتلك الصورة لا لرجحان القول بأن الطهر هو الانتقال ، وذكر لنا شيخنا الإمام البلقيني أن المعنىٰ في ذلك : أن القرء اسم للطهر . . فوقع الطلاق لصدق الاسم والاحتواش شرط انقضاء العدة ؛ لتكرر الدلالة علىٰ براءة الرحم بـأطهار احتوشتها الدماء .

قال الرافعي : واعلم أن قولهم : القرء : هو الطهر المحتوش ليس مرادهم : الطهر بتمامه ؛ لأنه لا خلاف أن بقية الطهر تحسب طهراً ، وإنما مرادهم : هل يعتبر من الطهر المحتوش شيء ، أم يكفي الانتقال ؟ والمكتفون بالانتقال قالوا : الانتقال وحده قرء ، فإن وجد شيء قبله من الطهر . . أدخلوه في القرء ؛ ولهـٰذا قالوا : لو قال للتي لم تحض : (أنت طالق في كل قرء طلقة) طلقت في الحال تفريعاً علىٰ هـٰذا القول ، ولم يؤخروا الوقوع إلى الحيض للانتقال[5] .

قلت : قد أخر الوقوع إلى الحيض للانتقال السرخسي والمتولي كما حكاه قبل ذلك في الطلاق ، والله أعلم .

٤٢٨٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٥] : (**ومتحيرة : بثلاثةِ أشهرٍ في الحال ، وقيل : بعد اليأس**) فيه أمران :

---

(١) الروضة (٨/ ٣٧١) .
(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ١١٦) .
(٣) التنبيه (ص ٢٠٠) .
(٤) المحرر (ص ٣٦٠) ، الروضة (٨/ ٣٦٦) .
(٥) فتح العزيز (٩/ ٤٢٩) .

أحدهما : محل الخلاف : في تحريم نكاحها ، وأما الرجعة والسكنىٰ : فإلىٰ ثلاثة أشهر فقط جزماً .

ثانيهما : أن الأشهر هنا بالأهلة ، فإن وقع في الأثناء . . اعتبر الباقي قرءاً إن كان أكثر من خمسة عشر يوماً ، وإلا . . فلا في الأصح ، فتبتدىء من الهلال ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٣٠] : (**وللناسية أكثر الشهر الأول واحد**) ثم هـٰذا في الحرة ، أما الأمة . . فقال شيخنا الإمام البلقيني : وقع لبعض من تكلم على « الحاوي الصغير » أنها تعتد بشهر ونصف ، وهـٰذا قد يتخرج علىٰ أن الأشهر أصل في حقها ، وليس بالمعتمد ؛ فالفتوىٰ علىٰ أنها إن طلقت في أول الشهر . . فلا بد من شهرين ، أو وقد بقي أكثره . . اعتدت بباقيه والثاني ، أو دون الأكثر . . لم يحسب ، فتعتد بشهرين بعد هـٰذه البقية علىٰ قياس قولهم ، وعلىٰ ما بحثناه تنقضي عدتها إذا دخلت في النصف الثاني بعد الشهر المتوسط .

٤٢٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وإن كانت أمة ؛ فإن كانت من ذوات الأقراء . . اعتدت بقرأين**) كذلك المبعضة ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٤٥] : (**وأمٌ ولدٍ ومكَاتَبَةٍ وَمَن فِيها رِقٌّ : بقرأين**) و« الحاوي » [ص ٥٣١] : (**وغير الحرة قرأين**) .

٤٢٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**فإن أعتقت في أثناء العدة ؛ فإن كانت رجعية . . أتمت عدة حرة ، وإن كانت بائنة . . ففيه قولان**) فيه أمور :

أحدها : **الأظهر** في البائن : أنها تكمل عدة أمة .

ثانيها : أنه قطع في الرجعية بإتمام عدة حرة ، وطرد فيه الرافعي والنووي الخلاف[(١)] .

ثالثها : قوله : (**بائنة**) ضبط كذلك عن نسخة المصنف ، وهي لغة ، والأفصح : بائن ، وقد سلم « المنهاج » من ذلك كله فقال [ص ٤٤٥] : (**وإن عتقت في عدة رجعةٍ . . كملت عدة حرةٍ في الأظهر ، أو بينونة . . فأمةٍ في الأظهر**) لكن اعترض عليه : بأنه لا يطابق « المحرر » فإنه ليس فيه ترجيح في البائن[(٢)] ، وفي « الشرح الكبير » نقل **تصحيحه** عن البغوي وجماعة ومقابله عن اختيار المزني وتصحيح أبي إسحاق والمحاملي وصاحب « المهذب » وغيرهم[(٣)] .

فقول « الروضة » : (**فيه ثلاثة أقوال ، أصحها** : التفصيل)[(٤)] ، فيه زيادة من غير تمييز . نعم ؛ هو مقتضىٰ إيراد « الشرح الصغير » ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٢٩] : (**أو فيها**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٣٠) ، و« الروضة » (٨/٣٦٨) .

(٢) المحرر (ص ٣٦١) .

(٣) فتح العزيز (٩/٤٣٠ ، ٤٣١) .

(٤) الروضة (٨/٣٦٨) .

رجعية) ، لكن رجح الشافعي رضي الله عنه في البائن أيضاً أنها تكمل عدة حرة ، فقال : إنه أشبه القولين بالقياس[1] ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني .

أما عكسه وهو رق الحرة في أثناء العدة لالتحاقها بدار الحرب . . ففيه وجهان في « التتمة » هل تكمل عدة حرة أو ترجع إلىٰ عدة أمة ؟ وبالثاني قال ابن الحداد .

٤٢٨٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو إياس . . اعتدت بثلاثة أشهر**) لا معنىٰ لتقييد ذلك **بالصغر** ، فلو بلغت بالسن ولم تحض . . اعتدت بالأشهر أيضاً ، بل لو ولدت ولم تر نفاساً . . **فالأصح** عند النووي أيضاً : أنها تعتد بثلاثة أشهر ، قال : بل حكى الرافعي في آخر الباب عن « فتاوى البغوي » أن التي لم تحض لو ولدت ونفست . . تعتد بثلاثة أشهر ، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء ، ولم يحك الرافعي هناك خلافه[2] ؛ ولذلك اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » علىٰ قولهما : (**لم تحض**)[3] وهو الموافق لنظم القرآن الكريم ، ووقع في الرافعي في موضع من العدد : أن التي تحمل . . لا تعتد بالأشهر ، فإذا حملت . . بان أن عدتها لم تنقض بالأشهر[4] ، وهو مخالف ما تقدم .

٤٢٨٧ـ قول « التنبيه » في الأمة [ص ٢٠٠] : (**وإن كانت من ذوات الشهور . . ففيها ثلاثة أقوال ، أحدها : ثلاثة أشهر ، والثاني : شهران ، والثالث : شهر ونصف**) **الأصح** : الثالث ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] ، وعبارة « أصل الروضة » : قال المحاملي : **أظهرها** : الأول ، واختاره الروياني، قال: ولكن القياس وظاهر المذهب: شهر ونصف ، وعليه جمهور أصحابنا الخراسانيين[6] .

٤٢٨٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**فإن انقطع دمها لغير عارض وهي ممن تحيض . . ففيه قولان ، أحدهما : أنها تقعد إلىٰ [اليأس]**[7] **ثم تعتد بالشهور**) هو **الأظهر** ، وفي « المنهاج » : إنه **الجديد**[8] ، وهو مقتضىٰ إطلاق « الحاوي » الاعتداد بثلاثة أقراء **لغير** التي لم تحض والناسية والآيسة[9] ، وعبر « المنهاج » بقوله [ص ٤٤٦] : (**لا لعلة**) وقيد في « الكفاية » قول « التنبيه » : (**لغير عارض**) بقوله : أي معروف ، وكذا في « نكت النووي » ، وقال : إنه احترز به عن

---

(١) انظر « الأم » (٥/٢١٨) .
(٢) انظر « الروضة » (٨/٣٧٠) .
(٣) الحاوي (ص ٥٣٠) ، المنهاج (ص ٤٤٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٥٢) .
(٥) الحاوي (ص ٥٣١) ، المنهاج (ص ٤٤٦) .
(٦) الروضة (٨/٣٧١) .
(٧) في (ج) ، (د) : (الإياس) .
(٨) المنهاج (ص ٤٤٦) .
(٩) الحاوي (ص ٥٣٠) .

الرضاع ، ومن نقل عن النووي أنه ذكره في « نكته » من كلام الشيخ . . فقد غلط .

٤٢٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**والقول الثاني : تقعد إلىٰ أن تعلم براءة الرحم ، ثم تعتد بالشهور ، وفي قدر ذلك قولان ، أحدهما : تسعة أشهر**) هو **الأصح** تفريعاً علىٰ هٰذا القول ، وعلىٰ ذلك مشى « المنهاج »[١] .

٤٢٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وفي الإياس قولان ، أحدهما : إياس أقاربها ، والثاني : إياس جميع النساء**) رجح الرافعي في « المحرر » الأول ، فقال : (إنه أقرب إلى الترجيح) ومشىٰ عليه « الحاوي » وعبرا بعشيرتها[٢] ، والمراد : من الأبوين ، ورجح النووي في « المنهاج » من زيادته وفي « أصل الروضة » الثاني[٣] .

وقال الرافعي : إن إيراد أكثرهم يقتضي ترجيحه ، وفي « الشرح الصغير » : إنه أرجح عند الأكثرين ، قال الإمام : ولا يمكن طوف العالم ، وإنما المراد : ما بلغنا خبره[٤] ، ثم **الأشهر** علىٰ هٰذا : أن أقصىٰ سن اليأس : اثنان وستون سنة[٥] .

فصل

[بيان عدة الحامل]

٤٢٩١ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٩] : (**ومن وجبت عليها العدة وهي حامل . . اعتدت بوضع الحمل**) قال « المنهاج » [ص ٤٤٦] : (**بشرط نِسْبَتِهِ إلىٰ ذي العدَّة ولو احتمالاً ؛ كمنفي بلعان ، وانفصال كله حتىٰ ثاني توءمين**) وعبارة « الحاوي » [ص ٥٣١] : (**بتمام وضع حمل يمكن منه ولو نَفَىٰ**) وقال في « التوشيح » : لا حاجة لذكر انفصال كله ؛ فإنه لا يقال : وضعت إلا إذا انفصل كله .

٤٢٩٢ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣١] : (**وإمكان الولد الكامل كالأقصىٰ بين التوءمين ستة أشهر**) تبع فيه « الوجيز »[٦] ، واعترضه الرافعي ، وقال : هٰذه المدة أقل الحمل ، وإذا تخللت ستة أشهر . . كان الثاني حملاً آخر ، والشرط أن يكون المتخلل أقل من ستة أشهر[٧] ؛ ولذلك قال

---

(١) المنهاج (ص ٤٤٦) .

(٢) المحرر (ص ٣٦١) ، الحاوي (ص ٥٣٠) .

(٣) المنهاج (ص ٤٤٦) ، الروضة (٨/ ٣٧٢) .

(٤) في حاشية (ج) : (والمراد : نساء زماننا دون غيرهن . « عجالة ») .

(٥) فتح العزيز (٩/ ٤٤١) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/ ١٦٥) .

(٦) الوجيز (٢/ ١٠٠) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٤٧) .

« المنهاج » [ص ٤٤٦] : (ومتىٰ تَخَلَّلَ دُون سِتة أشهر . . فتوءمان) .

٤٢٩٣ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٩ ، ٢٠٠] : (**فإن وضعت ما لم يتصور فيه خلق آدمي وشهد القوابل أن ذلك خلق آدمي . . فقد قيل : تنقضي به العدة ، وقيل : فيه قولان) الأصح** : طريقة القولين ؛ فقد قال الرافعي : يشبه أنه الراجح ، **وأصح القولين** : انقضاء العدة به[1] ، وعبارة « المنهاج » [ص ٤٤٦] : (**فإن لم تكن صورةٌ وَقُلْنَ : هي أصل آدميٍّ انقضت على المذهب**) وعبارة « الحاوي » [ص ٥٣١] : (ولحما) وهو محمول علىٰ ما ذكرناه .

٤٢٩٤ـ قوله : (**ولو ولدت بعده لأقل من أربع سنين من الطلاق . . لحق الزوج**)[2] فيه أمور :

أحدها : أن مقتضاه : أنها لو ولدته لأربع سنين . . لم يلحقه ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٤٧] : (**ولو أبانها فولدت لأربع سنين . . لحقه ، أو لأكثر . . فلا**) و« التنبيه » فيما لا يلحق [ص ١٩١] : (**أو أتت بولد لأكثر من أربع سنين**) ، وفي هـٰذه الصورة لو استلحقه . . لحقه ، نص عليه في « الأم »[3] ، وقال الماوردي : لا يلحقه[4] ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني .

ثانيها : أنه اعتبر هـٰذه المدة من الطلاق ، وكذا حكاه الرافعي عن إطلاقهم ، ثم قال : وقال أبو منصور التميمي : ينبغي أن يقال : لأربع سنين من وقت إمكان العلوق قبيل الفراق ، قال : وهـٰذا قويم ، وفي إطلاقهم تساهل[5] ، ويوافق هـٰذا قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**من حين اجتمع معها**) .

لكن يرد علىٰ لفظه : أن الحريري قال : لا يقال : اجتمع فلان مع فلان ، وأن ذلك يصدق بابتداء الاجتماع ؛ فكان ينبغي أن يقول : (من حين فارقها) ويوافق هـٰذا أيضاً قول صاحب « المعين » : هـٰذه المدة تعتبر من وقت إمكان العلوق قبيل الطلاق ؛ لئلا يلزم منه أن تكون مدة الحمل أكثر من أربع سنين ؛ لتقدم العلوق على الطلاق ، ولم يصرح « المنهاج » بابتدائها ، لكن يفهم من لفظه أنها من الإبانة .

ثالثها : أن قوله : (**بعده**) أي : بعد انقضاء العدة يتناول ما إذا ذكرت انقضائها بالوضع ثم ادعت ولادة لستة أشهر فأكثر من ذلك الوضع ولأربع سنين فأقل من الفراق ، والحكم أنه لا يقبل ولا يلحقه كما ذكره الرافعي في (اللعان) ، فيحمل كلام « الحاوي » على الأقراء والأشهر ،

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٤٨) .
(٢) انظر « الحاوي » (ص ٥٣١) .
(٣) الأم (٥/٢٢٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٢٠٦) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٥١) .

ولا يرد ذلك على « التنبيه » و« المنهاج » لأنهما لم يصوراه بأن يكون بعد انقضاء العدة ، وقد يرد علىٰ إطلاقهما .

٤٢٩٥ـ قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**وإن وطئها ثم طلقها طلاقاً رجعياً ثم أتت بولد لأكثر من أربع سنين . . ففيه قولان ، أحدهما : لا يلحقه ، والثاني : يلحقه) الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٤٧] : (**ولو طلق رجعياً . . حُسِبَت المُدّةُ من الطلاق ، وَفِي قول : مِن انصِرَامِ العِدّةِ**) ، وهو ظاهر إطلاق « الحاوي » أنها من الطلاق .

٤٢٩٦ـ قول « التنبيه » [ص ١٩١] : (**وإن أبانها وانقضت عدتها ، ثم تزوجت بآخر ، ثم أتت بولد لستة أشهر من حين النكاح الثاني . . فهو للزوج الثاني**) لا معنىٰ للتقييد بالإبانة ، فلو طلق رجعياً وانقضت عدتها . . كان الحكم كذلك ؛ ولذلك أطلق « المنهاج » في قوله [ص ٤٤٧] : (**ولو نكحت بعد العدة**) ومثله قول « الحاوي » [ص ٥٣١] : (**والناكح إن أمكن**) .

٤٢٩٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٧] : (**ولو نكحت في العدة فاسداً**) لو قال كـ « المحرر » : (ولو نكحت فاسداً ؛ بأن نكحت في العدة)[١] . . لكان أولىٰ ؛ لأن النكاح في العدة لا يكون إلا فاسداً .

٤٢٩٨ـ قوله : (**فولدت للإمكان من الثاني** ـ أي : دون الأول ـ . . **لحقه**)[٢] محله : ما إذا كان طلاق الأول بائناً ، فإن كان رجعياً . . ففيه قولان ، أحدهما : كذلك ، والثاني : أن فراش الأول باق ، فيعرض الولد على القائف ، ولا ترجيح فيها في « الروضة » وأصلها[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني بعد نقله نص الشافعي على الثاني وحده : وهـٰذا هو الذي ينبغي الفتوىٰ به .

٤٢٩٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣١] : (**وفي الفاسد . . ألحق القائف**) محله : ما إذا أمكن كونه من كل منهما كما أفصح به « المنهاج »[٤] .

٤٣٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ١٩٢] : (**فإن لم تكن قافة**) قد يفهم منه عدمها في الدنيا ، وبه صرح الفوراني ، لكن الذي حكاه الرافعي عن الروياني : أن المراد : ألاَّ يوجد في موضع الولد وما قرب منه ، وهو مسافة يوم وليلة[٥] .

---

(١) المحرر (ص ٣٦٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٤٧) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٤٥٥) ، الروضة (٨/ ٣٨١) .
(٤) المنهاج (ص ٤٤٧) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٦٧) .



[في تداخل العدتين]

٤٣٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**وإن وطئها الزوج في العدة بشبهة . . استأنفت العدة ودخلت فيها البقية**) إنما قال : بشبهة ؛ ليشمل البائن ؛ فإن الرجعية لا تحتاج فيها إلىٰ شبهة ، فنفس عدته شبهة ، وقوله بعده : (**وله الرجعة فيما بقي من العدة الأولىٰ**)[1] إنما يأتي في الرجعية ؛ ولهـٰذا قيد ابن يونس في « النبيه » المسألة بكونها رجعية ؛ لتصح معه الرجعة في بقية الأولىٰ ، وفي « المنهاج » [ص ٤٤٧] : (**جاهلاً أو عالماً في الرجعيّة**) والتقييد بالرجعية في العالم فقط .

٤٣٠٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**فإن حبلت من الثاني . . فقد قيل : تدخل فيها البقية وله الرجعة إلىٰ أن تضع**) هو **الأصح** ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٤٧] : (**فإن كانت إحداهما حملاً والأخرىٰ أقراءً . . تَدَاخَلَتَا في الأصح**) وهو شامل لتأخر الحمل كـ « التنبيه » وتقدمه ، وكذا قول « الحاوي » [ص ٥٣٣] : (**وإنما تكفي الأخيرة المتفقة أو الحمل لشخصٍ**) .

ويرد عليهم جميعاً : **أن** محل ذلك : ما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل أو رأته ولم نجعله حيضاً ، فأما إذا رأته وقلنا : إنه حيض ـ وهو **الأصح** ـ . . فلا تدخل الأقراء الباقية من العدة الأولىٰ في الحمل ، بل تنقضي العدة الأولىٰ بفراغها سواء تقدمت أو تأخرت ، وتكون الرجعة دائرة معها ، فلو فرغت قبل الوضع . . لم يكن له الرجعة بعد ذلك ، ولو وضعت قبل فراغها . . فله الرجعة قبل الوضع وبعده إلىٰ تمامها بلا خلاف كما حكاه الرافعي عن البغوي ، وأرسله في « أصل الروضة »[2] ، لكن في « المهذب » فيما قبل الوضع وجهان[3] ، وكذا في كلام الماوردي[4] ، كذا أورده صاحب « التعليقة على الحاوي » وشيخنا الإسنوي في « تصحيحه » و« تنقيحه »[5] ، وهو الذي تقتضيه عبارة « الروضة » وأصلها و« الكفاية » فإنهم بعد حكاية الخلاف المتقدم في التداخل قالوا : جميع ما ذكرناه فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل ، أو تراه وقلنا : ليس بحيض ، فإن جعلناه حيضاً . . فذكروا ما تقدم[6] .

ومقتضاه : تفريع هـٰذا على الوجهين معاً ، وذكر النشائي في « نكته » وشيخنا ابن النقيب : أنه مفرع علىٰ عدم التداخل ، **وهو المرجوح** ، واستدل عليه النشائي بتعليل الرافعي و« الكفاية »

---

(١) التنبيه (ص ٢٠٢) .
(٢) فتح العزيز (٩/ ٤٦٠) ، الروضة (٨/ ٣٨٥) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ٢٦٦) .
(٣) المهذب (٢/ ١٠٤٠) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٢٩٥) .
(٥) تذكرة التنبيه (٣/ ٣٧١ ، ٣٧٢) .
(٦) فتح العزيز (٩/ ٤٦٠) ، الروضة (٨/ ٣٨٥) .

وغيرهما انقضاء العدة بالأقراء مع الحمل : بأن الحكم بعدم التداخل ليس إلا لرعاية صورة العدتين تعبُداً ، وقد حصل ، وبالغ النشائي في ذلك حتىٰ قال : إن إيراد ذلك خطأ فاضح[(١)] .

وتردد في ذلك شيخنا الإمام البلقيني فقال : إن الأول هو الذي يظهر من إطلاق كلام الرافعي والنووي ، وفهمه بعض المصنفين ، ثم قال : والظاهر الثاني ؛ لأمور :

أقربها : أن الماوردي فرّعه علىٰ عدم التداخل خاصة ، وإليه يشير كلام القاضي حسين في « تعليقه » وإن لم يصرح به .

٤٣٠٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**وقيل : لا تدخل ، فتعتد بالحمل عن الوطء ، فإذا وضعت . . أكملت عدة الطلاق بالأقراء**) يستثنىٰ منه : ما إذا رأت الدم على الحمل وجعلناه حيضاً كما تقدم .

٤٣٠٤ـ قوله تفريعاً علىٰ هـٰذا : (**وهل له الرجعة في الحمل ؟**)[(٢)] **الأصح** : أن له ذلك .

٤٣٠٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**فإن كانَ حَمْلٌ . قَدَّمَتْ عِدتَهُ**)[(٣)] يقتضي أنه إذا كان للمطلق . . فله الرجعة قبل الوضع .

واستثنى الروياني من ذلك : حالة اجتماع الواطىء بها ، حكاه عنه في « الروضة » وأصلها من غير اعتراض عليه[(٤)] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه متعقَّبٌ ؛ لأنه إذا كان الاعتداد بالحمل . . فكيف يتصور الخروج من عدته ؟ قال : ولو سلمنا الخروج من العدة . . لم يزد علىٰ ما إذا كانت العدة بالحمل لوطء الشبهة ، وذلك لا يمنع الرجعة عند الشيخ أبي حامد ومن تابعه ، وهو الأقرب . انتهىٰ .

وما قال شيخنا أنه الأقرب نقل في « أصل الروضة » **تصحيح** مقابله **عن** الماوردي والبغوي ، ولم يرجح من عنده شيئاً[(٥)] ، ودخل في إطلاقهم عدم التداخل فيما إذا كانت العدتان لشخصين : ما لو كانا حربيين ثم أسلمت مع الثاني ، أو ترافعا إلينا بعد دخولهما بأمان ، **والنص فيه** : الاكتفاء بعدة واحدة ، **ورجحه** البندنيجي والبغوي[(٦)] ، ونظم « الوجيز » إليه أقرب[(٧)] ، **ورجح مقابله الإمام**

---

(١) نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه (ق ١٦١) ، السراج علىٰ نكت المنهاج (٧/ ٦٠) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٢) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٢) ، و« الحاوي » (ص ٥٣٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٤٧) .

(٤) فتح العزيز (٩/ ٤٦٤) ، الروضة (٨/ ٣٨٧) .

(٥) الروضة (٨/ ٣٨٧) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ٢٦٨) .

(٦) انظر « التهذيب » (٦/ ٢٧١) .

(٧) الوجيز (١٠٣) .

والروياني والأودني في « المناظرة »[1] ، وعلى الأول : فهل تسقط بقية عدة الأول أم تدخل في الثانية ؟ رجح النووي من زيادته : الأول[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مخالف لنص « الأم » حيث قال : (وتدخل فيها العدة من الذي قبله)[3] وللقواعد لما فيه من إسقاط الثابت بلا دليل ، ويعارض كونه حربياً أن الآخر حربي والاستيلاء إنما يؤثر في الأملاك والاختصاصات ، قال شيخنا المذكور : فلو كان أحدهما حربياً والآخر مسلماً أو ذمياً . . فالخلاف جارٍ أيضاً ، ذكر الزاز بعضه ، وأجريت الباقي عليه .

فَصْلٌ

[انقطاع العدة بمخالطة الرجعية]

٤٣٠٦ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣٤] : (**وتنقطع بمخالطة الرجعية**) فيه أمور :

أحدها : المراد : مخالطة الزوج ، فلو خالطها أجنبي . . انقضت العدة ، كما صرح به « المنهاج » من زيادته[4] ، ومحله : ما إذا كان بغير شبهة ، فإن خالط بشبهة . . ففي « الروضة » وأصلها : أنه يجوز أن تمنع الاحتساب ، كما سبق أنها في زمن الوطء بالشبهة خارجة عن العدة[5] ، ومقتضاه : أنها غير منقولة ، وهي عين المسألة المذكورة بعده في قوله : (**ولو نكح معتدة بظن الصحة ووطىء . . انقطعت من حين وطىء ، وفي قول أو وجه : من العقد**)[6] .

ثانيها : صورة ذلك : أن تكون في عدة أقراء أو أشهر ، كما صرح به « المنهاج »[7] ، فلو كان في عدة حمل . . انقضت .

ثالثها : قيده « المنهاج » بقوله [ص ٤٤٨] : (**بلا وطء**) لأنه محل الأوجه ، فلو وطىء البائن . . انقضت العدة قطعاً ؛ لأنه زنا لا حرمة له ، ولو وطىء الرجعية . . لم تشرع في العدة ما دام يطأ كما حكاه في « الروضة » وأصلها عن المتولي[8] ، وسبقه إليه القاضي حسين ، وقال : إنه لا خلاف فيه ، ولم يحتج « الحاوي » لتقييده ؛ لعدم حكايته الخلاف ، والحكم على الفتوىٰ لا يختلف .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٢٧٠) .
(٢) انظر « الروضة » (٨/ ٣٩٣) .
(٣) الأم (٥/ ٥٠) .
(٤) المنهاج (ص ٤٤٨) .
(٥) فتح العزيز (٩/ ٤٧٤) ، الروضة (٨/ ٣٩٥) .
(٦) المنهاج (ص ٤٤٨) .
(٧) المنهاج (ص ٤٤٨) .
(٨) فتح العزيز (٩/ ٤٧٣) ، الروضة (٨/ ٣٩٤) .

رابعها : مقتضاه : أَنَّ له الرجعة ولو انقضت الأقراء أو الأشهر ؛ لقيام العدة ، لكن قال في « المنهاج » [ص ٤٤٨] : (**لا رجعة بعد الأَقْـرَاءِ والأَشْهُـرِ**) ، وحكاه في « المحرر » عن المعتبرين[1] ، وفي « الشرح الصغير » عن الأئمة ، لكنه في « الشرح الكبير » حكاه عن « فتاوى البغوي » أنه قال : الذي عندي أنه لا رجعة له بعد الأقراء وإن لم تنقض العدة ؛ عملاً بالاحتياط في الجانبين ، قال : وفي « فتاوى القفال » ما يوافقه . انتهىٰ[2] .

وما حكاه عن البغوي هو رأيه بعد أن نقل عن الأصحاب أن له الرجعة ، وكذا قال بثبوت الرجعة القاضي حسين ، وفي « المهمات » : إنه المعروف الذي به الفتوىٰ ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : هو قياس إيقاع الطلاق ، وقال : على الأول الأحوط أنه لا يتزوج أختها ، ولا أربعاً سواها ؛ لتعديه بالمخالطة التي منعت انقضاء العدة ، قال : ولا تجب النفقة والكسوة ؛ لأنها بائن بالنسبة إلىٰ أنه لا يجوز رجعتها ، قال : ولا يصح خلعها ؛ لبذلها العوض في غير فائدة ، قال : وليس لنا امرأة يلحقها الطلاق ولا يصح خلعها إلا هـٰذه ، ولم أر من تعرض له .

واعلم : أن المخالطة التي ذكرها « الحاوي » بمعنى المعاشرة التي ذكرها « المنهاج » ، ويكفي فيها كما قال في « البسيط » : الخلوة وإن لم تتصل ؛ كالخلوة ليلاً دون النهار ، ولا يضر دخول دار هي فيها .

٤٣٠٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**وإن تزوجت في العدة ووطئها الزوج وهي حائل . . انقطعت العدة**) محله : ما إذا جهل العدة أو تحريم المعتدة ؛ لقرب عهده بالإسلام ، فلو علم . . فهو زانٍ لا يقطع وطؤه عدة الأول ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٤٨] : (**ولو نكح معتدةً بظنِّ الصحةِ وَوَطِئَ . . انقطعت من حين وطيء ، وفي قول أو وجهٍ : من العقد**) رجح في « الشرحين » : كونه وجهاً ، وجزم به في « الروضة »[3] .

٤٣٠٨ـ قوله : (**فلو وَضَعَت ثم طَلَّقَ . . استأْنَفَتْ ، وقيل : إن لم يَطَأْ بعد الوضعِ . . فلا عِدَّةَ**)[4] صحح في « أصل الروضة » : القطع بخلافه[5] .

٤٣٠٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**وإن تزوج المختلعة في أثناء العدة ثم طلقها قبل الدخول . . فقد قيل : تبني على العدة ، وقيل : فيه قولان ، أحدهما : تبني ، والثاني : تستأنف**) قال في « الكفاية » : المنقول : البناء ، وقول الاستئناف لم أره إلا في « التنبيه » ، وهو مذهب أبي حنيفة ،

---

(١) المحرر (ص ٣٦٣) .
(٢) فتح العزيز (٩/ ٤٧٤) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٤٧٥) ، الروضة (٨/ ٣٩٥ ، ٣٩٦) .
(٤) انظر « المنهاج » (ص ٤٤٨) .
(٥) الروضة (٨/ ٣٩٨) .

وقد صرح الإمام والماوردي بالاتفاق على البناء[١] ، وقال النووي في « نكت التنبيه » : القول بأنها تستأنف غريب جداً ، لكن قوله في « التصحيح » : (**الأصح** : أن المختلعة تبني) يقتضي أنه رأىٰ ثبوت الخلاف ، وإلا . . لعبّر بالصواب ، وتبعه علىٰ ذلك شيخنا الإسنوي في « تصحيحه »[٢] .

وقال لنا شيخنا الإمام البلقيني : لم ينفرد « التنبيه » بهٰذه الطريقة ؛ فقد حكاها أبو الفرج الزاز في « تعليقه » فقال : وقد خُرّج فيه قول آخر : أنه يلزمها استئناف العدة .

فصل
[في العدد]

٤٣١٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٨] : (**عدَّةُ حُرَّةٍ حَائِلٍ لِوفاةٍ وإن لم تُوطَأْ : أربَعَةُ أَشهرٍ وعَشَرَةُ أيامٍ بِلَيَالِيهَا**) كذا إذا كانت حاملاً بحملٍ لا يجوز أن يكون منه ، كما صرح به « التنبيه »[٣] ، وقد أشار إليه « المنهاج » بقوله بعده [ص ٤٤٨] : (**وحاملٍ : بوَضعِهِ بِشَرطِهِ السَّابقِ**) أي : وهو أن ينفصل بتمامه ، وأن يكون منسوباً إليه ظاهراً أو احتمالاً ، كما صرح به في « المحرر »[٤] ، وقد أطلق « الحاوي » أولاً أنها تعتد بموت الزوج أربعة أشهر وعشراً ، ثم قال : (**والكل بتمام وضع حمل يمكن منه**)[٥] ، وتبع « التنبيه » و« الحاوي » لفظ التنزيل في التعبير بعشر ، وأفصح « المنهاج » بالمقصود في قوله : (**وعَشَرَةُ أيامٍ بلياليها**) .

٤٣١١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وإن كانت أمة . . اعتدت بشهرين وخمس ليال**) اعترضه النووي في « تصحيحه » فقال : (**الصواب** : أن عدة الوفاة للأمة شهران وخمسة أيام بلياليها ، كما أن عدة الحرة أربعة أشهر وعشرة أيام)[٦] .

وقال في « تحريره » : إنه غلط[٧] ، وليس كذلك ؛ فإن مراده : خمس ليالٍ بأيامها ، كما قال في الحرة : عشر ؛ فإن حذف التاء يدل علىٰ إرادة الليالي ، فلم لا أعترض عليه هناك ؟

وقد ذكر الماوردي : أن العرب تطلق الليالي وتريد : بأيامها ، وعكسه[٨] ، فلا يقال في هٰذا :

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (٥/ ٢٠٠) ، و« الحاوي الكبير » (١١/ ٢٢٩) .
(٢) تصحيح التنبيه (٢/ ١٢٤) ، تذكرة النبيه (٣/ ٣٧٢) .
(٣) التنبيه (ص ٢٠٠) .
(٤) المحرر (ص ٣٤٦) .
(٥) الحاوي (ص ٥٣٠ ، ٥٣١) .
(٦) تصحيح التنبيه (٢/ ١١٨) .
(٧) تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٨٥) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (١/ ٤٣٢) .

إنه غلط ، وقد عبّر هو في « الروضة » بقوله : والأمة تعتد بنصف عدة الحرة ، وهو شهران وخمسة أيام[1] ، والمراد : بلياليها ، فَهَلاً غلّط نفسه هناك في الاقتصار على الأيام كما غلّط « التنبيه » في الاقتصار على الليالي ؟ بل اقتصار « التنبيه » هو الموافق للفظ التنزيل ، وعبارة « الحاوي » مثله ؛ فإنه عبر في الحرة بعشر كما تقدم ، وقال في غير الحرة : إنها على النصف[2] ، وتعبيره بغير الحرة أعم من تعبيرهما بالأمة ؛ لتناول المبعضة ، وقد احترز في « المنهاج » عن هـٰذا الذي اعترض به فقال بعد قوله في الحرة : عشرة أيام بلياليها : (**وأَمَةٍ : نِصفُهَا**)[3] .

٤٣١٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وإن طلق إحدى امرأتيه بعد الدخول بها ومات قبل أن يبين . . وجب علىٰ كل واحدة منهما أطول العدتين من الأقراء والأشهر**) محله : ما إذا كان الطلاق بائناً وكانتا من ذوات الأقراء ، فإن كان رجعياً أو كانتا من ذوات الأشهر . . اعتدتا لوفاة ، كما لو كان قبل الدخول ، وقد صرح بذلك « المنهاج »[4] .

ويرد ذلك علىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٣٠] : (**ومبهمة الطلاق أقصاهما**) مع زيادة أن محله أيضاً : في المدخول بها ، كما صرح به « التنبيه »[5] ، ولا يخفىٰ أن ذلك في غير الحامل ، أما هي : فتعتد بوضع الحمل ، فلو اختلف حالهما فكانت إحداهما حاملاً أو ممسوسة أو ذات أقراء ، والأخرىٰ بخلافها . . عملت كل واحدة بمقتضى الاحتياط .

٤٣١٣ـ قولهما في زوجة المفقود[6] : (**والثاني : أنها تصبر أربع سنين ثم تعتد عدة الوفاة**)[7] قد يفهم الاكتفاء بالأربع من غير ضرب قاضٍ ، وقد رجحه بعضهم كما حكاه الرافعي ، قال : وإيراد كثير من الأئمة يشعر بترجيح الافتقار إلىٰ ضرب القاضي ، وأنه لا يُعتَد بما مضىٰ قبله .

واقتصر في « الروضة » علىٰ أنه **أصحهما** عند كثير من الأئمة ، ولم يذكر ترجيح مقابله عن أحد[8] ، وذلك يشعر بموافقة الكثير ، ثم **الأصح** : أنه لا بد بعد ضرب المدة من الحكم بعدها بوفاته .

٤٣١٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٠] : (**وهل تحل في الباطن ؟ فيه قولان**) عبارة الرافعي : وجهان

---

(١) الروضة (٨/٣٩٩) .
(٢) الحاوي (ص ٥٣٠ ، ٥٣١) .
(٣) المنهاج (ص ٤٤٨) .
(٤) المنهاج (ص ٤٤٩) .
(٥) التنبيه (ص ٢٠٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (٩/٤٨٦) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٠) ، و« المنهاج » (ص ٤٤٩) .
(٨) الروضة (٨/٤٠١) .

أو قولان ، ولم يذكر ترجيحاً[1] ، وصحح الجيلي : الحل في الباطن أيضاً .

وفي « المهمات » : أن الأكثرين مائلون[2] إليه هنا ، وفي حكمه في كل مسألة مختلف[3] فيها ، قال : ذكره الرافعي في (دعوى الدم) و(الدعاوىٰ) ، وجزم فيهما بأن الخلاف وجهان ، وشرع النووي في زيادة « الروضة » في ذكر الأصح ، فلم يتحرر له وترك بياضاً للخبر ، وفي بعض نسخ « الروضة » تصحيح المنع ، حكاه النشائي[4] .

٤٣١٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] : (**ولو نَكَحَت بعد التربُّصِ والعِدةِ فبانَ مَيْتاً . . صح على الجديدِ في الأصحِّ**) الذي في « المحرر » و« الروضة » وأصلها : وجهان بناءً على الخلاف فيمن باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً[5] ، فأطلق « المنهاج » التصحيح كالمصحح هناك .

٤٣١٦ـ قولهما : (**ويجب الإحداد علىٰ معتدَّةِ وفاةٍ**)[6] قد يفهم خروج الذمية والمجنونة والصغيرة ، وليس كذلك ، فيمنع الولي الصغيرة والمجنونة ما يمتنع منه غيرهما .

٤٣١٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**وفي المطلقة البائن قولان ، أحدهما ـ وهو الأصح ـ : أنه لا يجب**) يقتضي الجزم بأن المفسوخ نكاحها لا إحداد عليها ، **والأصح** : طرد القولين فيها ، وفي بعض نسخ « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**وفي عدة البائن**) وهي أولىٰ ؛ لتناولها لها ، وكذا عبر « المنهاج » بـ (**البائن**)[7] .

٤٣١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] ـ والعبارة له ـ « والحاوي » في (الإحداد) [ص ٥٣٠] : (**تركُ لُبْسِ مَصبُوغٍ لِزينةٍ**) فصله « التنبيه » فقال [ص ٢٠١] : (**ولا تلبس الأحمر ولا الأزرق الصافي ، ولا الأخضر الصافي ، ولا الأصفر**) وخرج بذلك : الأسود والأزرق والأخضر المشبعان الكدران .

٤٣١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] : (**وَيَحرمُ حَلْيُ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ ، وَكَذا لُؤلُؤٌ في الأصح**) قد يخرج التحلي بغيرها ، لكن لو تحلت بنحاس ونحوه وموهته بذهب أو فضة أو ما يشبههما بحيث لا يظهر إلا بالتأمل ، أو كانت ممن تتحلىٰ بالنحاس ونحوه . . حرم .

وهـٰذا داخل في إطلاق « التنبيه » و« الحاوي » التحلي[8] .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٤٨٦/٩) .
(٢) في كل النسخ : (ما يكون) ، وهو تصحيف ظاهر ، والصواب ما أثبت .
(٣) الضمير في (حكمه) يعود على الحاكم ؛ أي : الأكثرون مائلون إلىٰ نفوذ حكم الحاكم في الباطن في كل مسألة مختلف فيها .
(٤) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٦٠) .
(٥) المحرر (ص ٣٦٥) ، فتح العزيز (٤٨٧/٩) ، الروضة (٤٠١/٨) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٠ ، ٢٠١) ، و« المنهاج » (ص ٤٤٩) .
(٧) المنهاج (ص ٤٤٩) .
(٨) التنبيه (ص ٢٠١) ، الحاوي (ص ٥٣٠) .

ويستثنىٰ منه : ما لو لبسته ليلاً ونزعته نهاراً . . فإنه يجوز ، لكن يكره لغير حاجة ، فلو فعلته لإحراز المال . . لم يكره ، حكاه في « أصل الروضة » عن الروياني عن بعض الأصحاب ، ولم يخالفه[1] .

٤٣٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] : (**وطيبٌ في بدنٍ وثوبٍ وطعامٍ وَكُحلٍ**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**ولا تتطيب**) ، والأمر هنا علىٰ ما فصَّل في الإحرام ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٣٠] : (**بمحرم الإحرام**) ، ويستثنىٰ من ذلك : استعمالها عند الطهر من الحيض قليلاً من قسط أو أظفار ، وهما نوعان من البخور كما ورد به الحديث ، وذكره الرافعي[2] ، وأسقطه في « الروضة » ، وذكره في « شرح مسلم » فقال : هما نوعان من البخور ، وليسا من مقصود الطيب ، رُخص لها فيه لإزالة الرائحة الكريهة لا للتطيب[3] .

قال في « المهمات » : ويظهر إلحاق المُحْرِمة إذا طهرت من حيض أو نفاس بالمعتدة ، بل أولىٰ لِقصر زمن الإحرام ؛ ولأن التطيب فيه أخف ؛ بدليل وجوب إزالته إذا شرعت في العدة ، بخلاف الإحرام .

قلت : قصر زمن الإحرام لا يقتضي أن المحرمة أولىٰ بالجواز من المعتدة ، بل بالمنع ؛ لأنه لقصره لا يتكرر فيه الحيض ، بل قد يخلو عنه ، والله أعلم .

واستثنىٰ في « الكفاية » من الطيب : حالة طهر المعتدة من الحيض ، وظاهره عدم اختصاصه بهٰذين النوعين ، وهو بعيد .

ويستثنىٰ من تحريم الطيب أيضاً : الحاجة ؛ كالاكتحال ، ذكره في « النهاية »[4] .

٤٣٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] و« الحاوي » [ص ٥٣٠] : (**واكتحالٌ بإثمدٍ**) زاد « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**الصبر**) وهو الأصفر ، فيحرم على السوداء وكذا البيضاء **في الأصح** ، أما الأبيض ـ وهو التوتياء ونحوه ـ : فلا يحرم على السوداء ، وكذا البيضاء **على الصحيح** .

٤٣٢١/ ١ ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] : (**إلا لحاجةٍ كَرَمَدٍ**) قد يفهم جوزاه مطلقاً مع أنها إنما تستعمله ليلاً وتغسله نهاراً ، كما صرح به « التنبيه » ، و« الحاوي »[5] .

نعم ؛ لو دعت الضرورة إليه نهاراً أيضاً . . جاز .

---

(١) الروضة (٨/ ٤٠٦) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٤٩٢) .

(٣) شرح مسلم (١٠/ ١١٩) .

(٤) نهاية المطلب (١٥/ ٢٥١) .

(٥) التنبيه (ص ٢٠١) ، الحاوي (ص ٥٣٠) .

٤٣٢٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**ولا تختضب**) قيده « المنهاج » فقال [ص ٤٤٩] : (**وَخِضَابُ حِنَّاءٍ وَنَحْوِهِ**) أي : كزعفران وورس ، وظاهر كلامهما المنع منه في جميع البدن ، وبه صرح ابن يونس ، لكن حكى الرافعي عن الروياني : أنه إنما يحرم فيما يظهر كالوجه واليدين والرجلين ، لا فيما تحت الثياب ، وأقره عليه(١) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : فيه نظر ؛ فإن شعر الرأس مما تحت الثياب ، وفي حديث أم سلمة في أبي داوود والنسائي : « ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء ؛ فإنه خضاب » قلت : بأي شيء أمتشط يا رسول الله ، قال : « بالسدر تُغلِّفين به رأسك »(٢) ، قال : وهٰذا يدل علىٰ منع الحناء ولو كان تحت الثياب .

ولا يُرَدّ هٰذا : بأن الشعر يبدو منه شيء ؛ لأنه لو اعتبر ذلك . . لاقتصر المنع علىٰ ما يبدو ، لا يقال : لسد الذريعة ؛ لأن إطلاق التعليل بأنه خضاب ينافي ذلك .

٤٣٢٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٤٩] : (**وَيَحِلُّ تجميلُ فِراشٍ وأثاثٍ ، وتنظيفٌ بِغَسْلِ رَأْسٍ ، وَقَلْمٍ ، وإزالَةِ وَسَخٍ**) علله الرافعي : بأنها ليست من الزينة(٣) ، لكن جعلها في (الجمعة) من الزينة(٤) ؛ فكأنها ليست من الزينة المحرمة هنا ، ومن الزينة المطلوبة هناك .

٤٣٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**ولا ترجل الشعر**) أي : لا تمشطه بالدهن ، فلو قال كـ« الحاوي » [ص ٥٣٠] : (**ودهن الشعر**) . . لكان أولىٰ ، وفي « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**ويحل امتشاط**) أي : بلا دهن ، فإطلاق « التنبيه » المنع محمول علىٰ فعله بدهن ، و« المنهاج » الحل محمول على انتفائه .

٤٣٢٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**وحمام إن لم يكن فيه خروج مُحرَّمٌ**) تقييد حسن ، لكنه ليس فيه « الروضة »(٥) .

فَصْلٌ
[في سكنى المعتدة]

٤٣٢٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**تجب سُكنَىٰ لِمُعتَدَّةِ طَلَاقٍ ولو بائنٍ إلا نَاشِزَةً**) أي : بأن نشزت ثم طلقها ، كذا قاله القاضي حسين والمتولي ، وزاد : أنها لو نشزت في العدة . . فلا سكنىٰ

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٤٩٦/٩) .
(٢) سنن أبي داوود (٢٣٠٥) ، سنن النسائي (٣٥٣٧) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٤٩٦/٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٣١٤/٢) .
(٥) الروضة (٤٠٨/٨) .

أيضاً ، فلو عادت إلى الطاعة . . عاد استحقاقها ، وقال الإمام : إذا طلقها في مسكن النكاح . . فعليها ملازمته ، فإن أطاعت . . استحقت السكنىٰ ، وعبر بعضهم عنه : بأنها إن نشزت على الزوج في بيته . . فلها السكنىٰ في العدة ، وإن خرجت من بيته واستعْصت عليه . . فلا سكنىٰ ، حكىٰ ذلك كله في « أصل الروضة »[1] .

وقال شيخنا ابن النقيب : ينبغي أن تستثنى الصغيرة التي لا تحتمل الجماع أيضاً ، فلا سكنىٰ لها إن قلنا : لا نفقة كما هو **الأصح**[2] ، وكذلك الأمة حيث لا نفقة .

قلت : هما مصرح بهما في « الروضة » وأصلها كذلك[3] ، فلا معنىٰ لذكرهما بحثاً .

٤٣٢٧ـ قول « التنبيه » في النفقات [ص ٢٠٩] : (**وإن توفي عنها . . لم تجب لها النفقة في العدة ، وفي السكنىٰ قولان**) **الأظهر** : وجوبها ، وعليه مشى « المنهاج » هنا[4] و« الحاوي » في النفقات فقال [ص ٥٤٣] : (**إلىٰ آخر العدة**) .

٤٣٢٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**وَفَسْخٍ على المَذهَبِ**) هو داخل في قول « الحاوي » في (النفقات) [ص ٥٤٣] : (**إلىٰ آخر العدة**) ، وحكاه في « الروضة » وأصلها عن « التتمة »[5] ، لكن **صححا** في (باب الخيار) في النكاح : عدم الوجوب ، قالا هناك : وإذا لم نوجب السكنىٰ فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه . . فله ذلك وعليها الموافقة ، قاله أبو الفرج السرخسي[6] .

٤٣٢٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**وإن وطيء امرأة بشبهة . . لم تجب لها السكنىٰ ، وفي النفقة قولان**) **أظهرهما** : أنها لا تجب ، ولا يخفىٰ أن محلهما : إذا حملت ، وإلا . . فلا وجوب قطعاً ، وهما مبنيان علىٰ أن النفقة لها أو للحمل .

٤٣٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**وتسكُنُ في مسكنٍ كانت فيهِ عند الفُرْقَةِ**) ، وقول « الحاوي » [ص ٥٣٤] : (**وتلازم مسكن الفراق**) أوضح في المقصود من قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**وتجب العدة في المنزل الذي وجبت فيه**) لأنه اعترض عليه : بأنه لا يزيد علىٰ قولك : وتجب العدة حيث وجبت ، وهو لا يكاد يفيد ، والمراد : يجب الاعتداد في المكان الذي لاقاها فيه أصل وجوبه ، وذلك حيث لم يمنع مانع من هدم وغيره ، كما سَيُذكر ، ثم ظاهر كلامهم تناول الرجعية ،

---

(١) الروضة (٨/ ٤١٠) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٢١٧) .
(٢) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ٧٢) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٤٩٩) ، الروضة (٨/ ٤٠٩) .
(٤) المنهاج (ص ٤٥٠) .
(٥) فتح العزيز (٩/ ٤٩٨) ، الروضة (٨/ ٤٠٩) .
(٦) فتح العزيز (٨/ ١٤٣) ، الروضة (٧/ ١٨٣) .

وبه صرح في « النهاية »[1] ، لكن في « المهذب » و« الحاوي » وغيرهما من كتب العراقيين : أن للزوج أن يُسكِنها حيث شاء ؛ لأنها في حكم الزوجات ، حكاه في « الكفاية » ، وجزم به النووي في « نكت التنبيه » .

٤٣٣١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣٤] : (**لا لحاجة الطعام**) فيه أمور :

أحدها : أن جواز خروجها لا يختص بحاجه الطعام ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَغَزْلٍ وَنَحوِهِ**) و« التنبيه » [ص ٢٠١] : (**لقضاء حاجة ؛ كشراء القطن وبيع الغزل**) وقال شيخنا الإمام البلقيني : تخرج للاستفتاء وللتصدق ، فقد خرجت الفارعة واستفتت ولم ينكر عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وخرجت خالة جابر وهي مطلقة ثلاثاً ، وقال لها رسول الله صلي الله عليه سلم : « خذي نخلك وتصدقي »[2] .

ثانيها : أن محل جواز الخروج لذلك : في النهار دون الليل ، كما صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[3] .

نعم ؛ لو لم يمكنها ذلك نهاراً . . لم تمنع منه ليلاً ؛ للضرورة ، وفي « شرح التنبيه » للعامري : أن المنع ظاهر عند نوم الناس ، وأما في أول الليل : فيتجه إلحاقه بالنهار ، وفيما قاله نظر ؛ لأنه مظنة الفساد أيضاً .

ثالثها : محله : في المتوفىٰ عنها والمطلقة البائن ، كما صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[4] ، أما الرجعية : فيلزم الزوج القيام بكفايتها ، فلا تخرج إلا بإذنه .

رابعها : يجوز الخروج ليلاً أيضاً إلىٰ دار جارة لغزل وحديث ونحوهما بشرط أن ترجع وتبيت في بيتها ، ذكره « المنهاج »[5] ، وهو وارد على « التنبيه » أيضاً .

خامسها : يرد على الثلاثة : الحامل البائن إذا قلنا : تعجل نفقتها يوماً بيوم ، **وهو الأصح** ، فهي مكفية ، فلا تخرج إلا بإذنه أو لضرورة كالرجعية ، قاله المتولي ، وأقره عليه الرافعي والنووي[6] .

وقال السبكي : إنه مفروض فيما إذا حصل لها النفقة ، فلا تخرج بعد لأجل النفقة ، ولكن لها الخروج لبقية حوائجها من شراء القطن وبيع الغزل ؛ لاحتياجها إليه في غير النفقة ، قال : وكذلك

---

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٢١٧) .

(٢) أخرجه مسلم (١٤٨٣) .

(٣) التنبيه (ص ٢٠١) ، المنهاج (ص ٤٥٠) .

(٤) التنبيه (ص ٢٠١) ، المنهاج (ص ٤٥٠) .

(٥) المنهاج (ص ٤٥٠) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٥١١) ، و« الروضة » (٨/ ٤١٦) .

إذا أعطيت النفقة دراهم واحتاجت إلى الخروج لشراء الأدم بها ، قال : والضابط : منع الخروج قطعاً عند عدم الحاجة ، وجوازه قطعاً عند الضرورة ، ومحل الخلاف : عند الحاجة ، قال : ولم أر من جوَّز الخروج بلا حاجة إلا ابن المنذر . انتهىٰ ، حكاه عنه ابنه في « التوشيح » .

سادسها : يرد عليهم أيضاً : أن محل الجواز : فيمن ليس لها من يقضي حاجتها ، فإن كان . . لم يجز الخروج إلا لضرورة ، قاله الإمام وغيره فيما حكاه في « الكفاية »[1] ، وعبارة « الروضة » وأصلها تدل علىٰ ذلك ؛ حيث قيدا الخروج بالحاجة ، ولا حاجة مع وجود من يقوم بها .

٤٣٣٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**ولا يجوز نقلها من المسكن الذي وجبت فيه العدة إلا لضرورة**) أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**وتنتقلُ من المسكنِ لِخوفٍ من هدمٍ أو غرق**) لعدم الانحصار في ذلك ؛ فإنها تنتقل أيضاً إذا خافت اللصوص أو الحريق أو نحو ذلك .

٤٣٣٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**أو علىٰ نفسها**) يخرج المال ونفس غيرها ؛ كولدها الصغير مثلاً ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٣٤ ، ٥٣٥] : (**وخوف النفس والمال**) وهو متناول لمال غيرها أيضاً ، ويدخل فيه أيضاً : الهدم والغرق والحرق واللصوص ، فهي عبارة شاملة .

٤٣٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**أوتَأَذَّتْ بالجيرانِ ، أو هُمْ بها أَذَىً شديداً**) أعم من قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**أو بذاءة علىٰ أحمائها**) فإن البذاءة : الفحش ، والأحماء : أقارب الزوج ، أما لو بذىء أحماؤها عليها . . نُقِلوا دونها ، ثم قال البغوي في بذائها علىٰ أحمائها : تسقط سكناها وعليها العدة في بيت أهلها[2] ، والذي ذكره العراقيون والجمهور : أن الزوج ينقلها إلىٰ مكان آخر ، ومحل نقلها بالبذاءة علىٰ أحمائها : ما إذا كانت في دار تَسَع جميعهم ، فلو كانت تسعها فقط . . نقل الأحماء ، وكذا لو كانت في دار أبويها فبذئت علىٰ أحمائها . . نقلوا أيضاً دونها ؛ لأنها أحق بدار أبويها ، وكذا لو بذئت على الأبوين أو بذأ الأبوان عليها . . لا ينقل أحد منهم ؛ لأن الشر والوحشة لا تطول بينهم ، ولم يقيد ابن يونس في « مختصره » البذاءة بكونها علىٰ أحمائها ؛ ليتناول البذاءة على الزوج وغيره .

٤٣٣٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣٤] : (**والهجرة**) استثنىٰ منه المتولي : ما إذا كانت في موضع لا تخاف علىٰ نفسها ولا دينها . . فلا تخرج حتىٰ تعتدّ ، حكاه عنه في « أصل الروضة » ، وأقره[3] .

٤٣٣٦ـ قوله : (**وإقامة الحد**)[4] محله : في البرزة ، أما المخدرة : فيبعث الحاكم إليها

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٢٥٤) .

(٢) انظر « التهذيب » (٦/ ٢٥٦) .

(٣) الروضة (٨/ ٤١٦) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٣٤) .

نائباً ، أو يحضر إليها بنفسه ، جزم به في « أصل الروضة »[1] ولهـٰذا قال « التنبيه » [ص ٢٠١] : **(وإن وجب عليها حق يختص بها وهي برزة . . خرجت)** .

٤٣٣٧ـ قوله : **(وإن أمرها بالانتقال إلىٰ موضع آخر فانتقلت ثم طلقها قبل أن تصير إلى الثاني . . فقد قيل : تمضي ، وقيل : هي بالخيار بين المضي وبين العود)**[2] **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٣٤] : **(والمأذون إن كانت في الطريق)** و« المنهاج » فقال [ص ٤٥٠] : **(اعتدت فيه على النص)** ولو قال « الحاوي » : (وإن كانت في الطريق) . . لكان أولىٰ ؛ لأن ذلك هو موضع الخلاف ولأجله قيد به حاكي الخلاف ، وأما هو : فليس حاكياً للخلاف ، فلا معنىٰ لتقييده ، والاعتبار ببدنها لا بالأمتعة والخدم ، فلو عادت إلى الأول لنقل متاع فطلقها فيه . . اعتدت في الثاني ، قال الإمام : هـٰذا إذا دخلت الثاني دخول استقرار ، فإن كانت تتردد بينهما لنقل الأمتعة وطلقت في الأول . . ففيه احتمالان[3] .

٤٣٣٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : **(أو بغير إذنٍ . . ففي الأوَّلِ)** أي : وإن وصلت إلى الثاني ، ويستثنىٰ منه : ما إذا أذن لها بعد الوصول إليه أن تقيم به . . فإنه كالنقلة بإذنه .

٤٣٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : **(وإن أذن لها في السفر فخرجت ووجبت العدة قبل أن تفارق البلد . . فقد قيل : عليها أن تعود ، وقيل : لها أن تمضي في السفر ولها أن تعود)** **الأصح** عند الجمهور : الأول ، والثاني ظاهر النص كما قال الرافعي ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه صريح النص ، وفي وجه ثالث : إن كان سفر حج . . لم يلزمها ، أو غيره . . لزمها ، واستغربه الرافعي[4] ، واقتصر عليه الشافعي رضي الله عنه في « الأم »[5] كما نقله في « المطلب » ، وقيده في « الذخائر » بحجة الفرض ، أما لو وجبت في الطريق . . فلها الرجوع والمضي ، جزم به « المنهاج »[6] .

قال الشيخ أبو حامد : والرجوع أفضل ، وقيل : محل التخيير بعد سفر يوم وليلة وقبلها يجب العود ، وليس بشيء ، ومحل الخلاف : في سفر غير النقلة ؛ ففي النقلة يجب العود جزماً ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٥٠] : **(وكذا لو أَذِنَ ـ أي : في النقلة ـ ثم وجبت قبل الخروج)** ، ثم قال [ص ٤٥٠] : **(ولو أذن في انتقال إلىٰ بلدٍ . . فَكَمَسْكَنٍ)** أي : فإن طلق بعد الوصول إلى الثاني . . فالعدة

---

(١) الروضة (٨/٤١٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٠١) .

(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٥/٢٣١ ، ٢٣٢) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٠٢) .

(٥) الأم (٥/٢٢٨) .

(٦) المنهاج (ص ٤٥٠) .

فيه ، أو قبل مفارقة عمران الأول . . ففيه ، أو بينهما . . فعلى الخلاف ، وفي « النهاية » عن النص : أنها لو خرجت مسافرة مع الزوج فطلقها ، أو مات عنها في أثناء الطريق . . لزمها الرجوع ، فتعتد في مسكن النكاح[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وليس هٰذا في « المختصر » ولا « الأم » ، وإن كان الحكم فيه ما ذكره الإمام .

٤٣٤٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ « التنبيه » ـ : (**فإن كان السفر لقضاء حاجة . . لم تقم بعد قضائها**)[2]. **هو الأصح** عند الرافعي والنووي ، لكن ظاهر ترجيح « الشرح الكبير » أن لها أن تقيم بعدها إلىٰ تمام مدة المسافرين ؛ فإنه حكاه عن « التهذيب » و« الوسيط » وغيرهما ، قال : ونقله الروياني عن بعضهم ، وغلَّط قائله[3] ، وعبارة « الشرح الصغير » : في « التهذيب » وغيره لها إقامة هٰذه المدة ، ومنهم من نازع فيه ، وقال : نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إن الذي في « التهذيب » و« الوسيط » ظاهر نص « الأم »[4] .

٤٣٤١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**وإن قُدِّر لها مقام مدة . . ففيه قولان ، أحدهما : لا تقيم أكثر من ثلاثة أيام ، والثاني : تقيم المدة التي أذن لها فيها**) **الأصح** : الثاني ، وعليه مشى « الحاوي »[5] .

٤٣٤٢ـ قول «التنبيه» فيما إذا بقي من العدة ما يُعلم أنه ينقضي قبل أن تعود إلى المنزل [ص ٢٠١]: (**فقد قيل : لا يلزمها العود ، وقيل : يلزمها**) **الأصح** : الثاني .

وقد يفهم قول « المنهاج » [ص ٤٥٠] : (**ثم يجب الرجوع لتعتدَّ البقيَّةَ في المسكَنِ**) مقابله ، ومحل وجوب الرجوع : إذا أمكنها ذلك ولم يكن الطريق مخوفاً .

٤٣٤٣ـ قوله : (**ولو قالت : « نَقَلْتَني » فقال : « بل أَذِنْتُ لِحاجةٍ » . . صُدِّقَ على المذهب**)[6] قد يفهم تصديق وارثه أيضاً ؛ لأنه خليفته ، والمنقول تصديقها ؛ لأنها أعرف بذلك من الوارث ، وقد ذكره « التنبيه » و« الحاوي »[7] ، أما إذا اختلفا في أصل الإذن . . فالمصدق الزوج ووارثه .

٤٣٤٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**ومنزلُ بَدَويَّةٍ وبيتُها من شعرٍ كَمَنْزِلِ حَضَرِيَّةٍ**) فيه أمران :

---

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٢٣٩) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٠١) ، و« الحاوي » (ص ٥٣٥) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٠) .
(٣) فتح العزيز (٩/ ٥٠٢ ، ٥٠٣) ، الروضة (٨/ ٤١١) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ٢٥٩) ، و« الوسيط » (٦/ ١٦٠) .
(٤) الأم (٥/ ٢٢٨) .
(٥) الحاوي (ص ٥٣٥) .
(٦) انظر « المنهاج » (ص ٤٥١) .
(٧) التنبيه (ص ٢٠٢) ، الحاوي (ص ٥٣٥) .

أحدهما : لا يخفىٰ أن الشعر مثال ؛ فالوبر والصوف ونحوهما كذلك .

ثانيهما : محل ذلك : ما إذا كان أهلها علىٰ ماء لا يظعنون عنه إلا لحاجة ، فلو كانوا يرتحلون عنه شتاءً أو صيفاً كلهم.. ارتحلت معهم ، فإن ارتحل بعضهم ؛ فإن كان الباقون أهلها وفيهم قوة.. أقامت ، وإن ارتحل أهلها وفي الباقين قوة.. **فالأصح** : أنها تتخير ؛ ولذلك قال « الحاوي » فيما تُخَيَّر فيه [ص ٥٣٥] : (**أو رحل قوم البدوية ، أو تقيم في قريةٍ**) أي : إذا رحلت البدوية حيث يجوز لها ذلك ، فلها الإقامة في قرية ، بخلاف البلدية المأذون لها في السفر ليس لها الإقامة بقرية في الطريق .

واعلم : أن عبارة « أصل الروضة » : (قوة وعدة)[1] ، ومقتضاها : أنه لا عبرة بالقوة وحدها ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : هٰذا بعيد ، وإنما يحال ذلك على الأمن ، فإذا غلب علىٰ ظنها ما يخالفه.. جاز الانتقال ، قال : ومحل التخيير : في الوفاة والطلاق البائن ، أما الرجعية : إذا كان مطلقها من المقيمين واختار إقامتها.. فله ذلك ، وهو ظاهر نص « الأم »[2] ، وفيه توقف ؛ لتقصيره بترك الرجعية .

٤٣٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**وإن أحرمت بإذنه ثم طلقها ؛ فإن كان الوقت مضيقاً.. مضت في حجها ، وإن كان الوقت واسعاً.. أتمت العدة**) **الأصح** فيما إذا كان واسعاً : أنها مخيرة بين إتمام العدة والمضي في حجها ، وعليه مشى « الحاوي » ، لكنه أطلقه[3] ، ومحله : مع الاتساع ، فأما مع الضيق.. فتمضي في حجها كما تقدم ، وتحسب العدة مع ذلك .

٤٣٤٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**ولا يصحُّ بيعُهُ إلا في عدَّةٍ ذات أشهرٍ.. فكمستأجرٍ**) أي : ففيه القولان ، **والأصح** : الصحة ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٣٦] : (**ويبيع إن اعتدت بالأشهر**) وإذا قلنا به فحاضت في أثنائها وانتقلت إلى الأقراء.. خُرِّج ذلك على اختلاط الثمار المبيعة بالحادثة حيث لا يغلب التلاحق ، **والأصح** : أنه لا ينفسخ ، بل يُخير المشتري .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هٰذا التخريج غير مسلّم ؛ لأن الشركة الطارئة لا تقتضي تجهيل أصل المبيع عند التلاحق ، وهنا طريان الأقراء أو الحمل يؤدي إلىٰ جهالة المنافع المستثناة ، ومقتضاه : بطلان البيع هنا ، وهو **أرجح** .

٤٣٤٧ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣٤] : (**وتلازم مسكن الفراق ولو للوارث إن رضي**) قد يقتضي أن

---

(١) الروضة (٨/٤١٣) .

(٢) الأم (٥/٢٢٩) .

(٣) الحاوي (ص ٥٣٥) .

السلطان لو عين لها مسكناً . . لم يلزمها ملازمته ، وكذا ذكره الغزالي[1] ، قال الرافعي : وهو خلاف المنصوص المشهور ، فلو أسكنها أجنبي متبرعاً ولم يكن ذا ريبة . . فعن الروياني : أنه كالوارث ، قال النووي : وفيه نظر[2] .

٤٣٤٨ـ قولـه : (**وإن أفلس . . ضاربت بأجر الأقراء ، والأقل إن لم تستقر**)[3] محله : ما إذا سبق إفلاسه الفراق ، فإن كان بعده . . قدمت بحق السكنىٰ ، واستثنىٰ منه شيخنا الإمام البلقيني : ما إذا طلق رجعياً ثم حجر عليه بالإفلاس ثم مات . . فإنها تنتقل لعدة الوفاة ، ولا تقدم على الغرماء ، بل تضارب كسبق الإفلاس .

٤٣٤٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**فإن رجَعَ المُعيرُ ولم يرضَ بأجُرَةٍ . . نُقِلَتْ**) كذا لو طلب أكثر من أجرة المثل ، والمراد : نقلها إلىٰ أقرب ما يوجد .

٤٣٥٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**فإن وجبت وهي في مسكن لها . . وجب لها الأجرة**) فيه أمران :

أحدهما : أن مقتضاه : وجوب ملازمة مسكنها ، وهو صريح قول « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**استمرت**) وكذا هو « المهذب » و« التهذيب »[4] ، وقال في « الشامل » و« التتمة » : يجوز ولا يجب ، فلو طلبت أن يسكنها في غيره . . أجيبت ، وهـٰذا **هو الأصح** .

ثانيهما : أن مقتضاه : تقرّر الأجرة في ذمته وإن لم تطلبها ، وليس كذلك ، بل **الأصح** في السكنىٰ مطلقاً : سقوطها بمضي الزمان ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**وطلبت الأجرة**) ، وهو الذي يفهمه قول « الحاوي » [ص ٥٣٦] : (**واستقرض القاضي على الغائب ، ثم هي ، وترجع إن أشهدت**) .

٤٣٥١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**فإن كان مسكنُ النكاح نَفِيساً . . فله النقل إلىٰ لائقٍ بها ، أو خسيساً . . فلها الامتناع**) المراد : النقل إلىٰ أقرب المواضع الممكنة ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٣٥] : (**وإن لم يَلِقْ بها . . فما قرب**) .

٤٣٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠١] : (**وإن وجبت وهي في مسكن للزوج . . لم يجز أن يسكن معها إلا أن يكون في الدار ذو رحم محرم لها ، أو له ، ولها موضع تنفرد به**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يشترط كونه ذا رحم ـ أي : قرابة ـ بل يكفي محرم الرضاع أو المصاهرة ؛

---

(١) انظر « الوسيط » (٦/١٥٨) .

(٢) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٢١) ، و« الروضة » (٨/٤٢٤) .

(٣) انظر « الحاوي » (ص ٥٣٦) .

(٤) المهذب (٢/١٤٧) ، التهذيب (٦/٢٥٦) .

ولذلك اقتصر « المنهاج » و« الحاوي » على اعتبار المحرمية[1] .

ثانيها : يعتبر في محرمها كونه ذكراً ، وفي محرمه كونه أنثىٰ ، وقد صرح بذلك « المنهاج »[2] ، لكن في الأول نظر ؛ لجواز خلوة رجل بامرأتين ، ومقتضاه : ألا يتقيد محرمها بكونه ذكراً .

ثالثها : اعتبر « المنهاج » في المحرم كونه مميزاً[3] ، واشترط الشافعي رضي الله عنه البلوغ ، قال القاضي أبو الطيب : لأن من لم يبلغ . . لا تكليف عليه ، فلا ينكر الفاحشة ، وقال الشيخ أبو حامد : يكفي عندي المراهق ، وهـٰذا والذي قبله يردان على « الحاوي » أيضاً .

رابعها : يكفي أن يكون هناك زوجة أخرىٰ له أو أمة ، ذكره « المنهاج »[4] و« الحاوي » وزاد : (**ومن يحتشمها**)[5] والمراد : أنه لو كان هناك امرأة ليست زوجة لا أمة ممن يحتشم جانبها ؛ أي : لحياء منها أو خوف . . جاز له الدخول أيضاً ، وعبارة « أصل الروضة » : والنسوة الثقات كالمحرم **على الصحيح** ، ويكفي حضور المرأة الواحدة الثقة **على الأصح** ، وبه قطع صاحب « الشامل » وغيره . انتهىٰ[6] .

ومن هـٰذا الكلام يُعلم الاكتفاء بمحرمها من النساء إذا كانت ثقة ؛ فإنها أولىٰ من الأجنبية ، وذلك يرد على اعتبار« المنهاج » في محرمها كونه ذكراً ، وجوز بعضهم في قول « الحاوي » : (**يحتشمها**) عود الضمير لجميع من تقدم؛ فيدل على اعتبار التمييز في المحرم أو البلوغ ، وهو بعيد.

خامسها : أنه اعتبر مع وجود المحرم أن يكون لكل منهما موضع ينفرد به ، وهـٰذا شامل لما إذا استقل كل من الموضعين بالمرافق ، ومع هـٰذا فلا يحتاج لمحرم ولا غيره ، وقد صرح بذلك « المنهاج » فقال [ص ٤٥١] : (**ولو كان في الدار حُجرةٌ فسَكَنَها أحدُهُما والآخرُ الأُخرىٰ ؛ فإن اتحدت المرافقُ كمطبخٍ ومُستراحٍ . . اشتُرِط مَحْرَمٌ ، وإلا . . فلا**) و« الحاوي » فقال بعد ما تقدم [ص ٥٣٥ ، ٥٣٦] : (**أو انفردت بمفردة المرافق**) وحكىٰ في « الكفاية » عن القاضي حسين والروياني في اتحاد المرافق : عدم الجواز وإن كان محرم .

سادسها : قد يفهم من إطلاقهم الجواز بهـٰذه الشروط استواء الطرفين ، وليس كذلك ، بل هو مكروه .

---

(١) الحاوي (ص ٥٣٥) ، المنهاج (ص ٤٥١) .
(٢) المنهاج (ص ٤٥١) .
(٣) المنهاج (ص ٤٥١) .
(٤) المنهاج (ص ٤٥١) .
(٥) الحاوي (ص ٥٣٥) .
(٦) الروضة (٨/٤١٨) .

٤٣٥٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥١] : (**وينبغي أن يُغلَقَ ما بينهما من بابٍ ، وألا يكون مَمَرُّ إحداهما على الأُخرىٰ**) تبع فيه « المحرر »[١] ، وظاهره الاستحباب ؛ ولذلك لم يتعرض له « الحاوي » ، لكن عبر في « الشرح الصغير » بالاشتراط ، وكذا في « الروضة » وأصلها نقلاً عن البغوي والمتولي وغيرهما ، قالا : وهـٰذا حسن ، ويؤيده ما ذكره الأئمة أنه لو كانت الدار واسعة ولم يكن فيها إلا بيت والباقي صفة . . لم يجز أن يساكنها وإن كان معها محرم ، فإن بنىٰ حائلاً وكان الباقي لها سكن مثلها . . فله ذلك ، ثم إن كان بابه خارجاً . . لم يحتج لمحرم ، وإلا . . اشترط[٢] .

٤٣٥٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣٦] : (**ويخلو رجلٌ بنسوةٍ ثقاتٍ**) فيه أمور :

أحدها : أنه قد يفهم منعه بامرأتين ثقتين ، وليس كذلك ، فقد حكى الرافعي عن الأصحاب جوازه[٣] ، وقد يفهم ذلك من قول « الحاوي » بعده [ص ٥٣٦] : (**لا بواحدة**) .

ثانيها : أن في « الروضة » وأصلها في (صلاة الجماعة) : أنه لا يجوز أن يخلو بالنساء غير ذي محرم[٤] ، والمعتمد هو المذكور هنا ، أو يحمل المذكور هناك علىٰ غير الثقات جمعاً بين الكلامين .

ثالثها : أنه يفهم تحريم خلوة رجال أو رجلين بامرأة ، وهو كذلك ، ولو بَعُد مواطأتهم على الفاحشة ، كما صرح بترجيحه مع ذلك في « شرح المهذب »[٥] ، لكنه في « شرح مسلم » أوّل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يدخلن رجل بعد يومي هـٰذا علىٰ مُغِيْبَةٍ إلا ومعه رجل أ ورجلان »[٦] علىٰ جماعة تبعد مواطأتهم على الفاحشة ؛ لصلاح أو مروءة أو غيرهما[٧] .

* * *

---

(١) المحرر (ص ٣٦٧) .

(٢) فتح العزيز (٩/٥١٤) ، الروضة (٨/٤١٩) ، وانظر « التهذيب » (٦/٢٥٧) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٥١٤) .

(٤) فتح العزيز (٢/١٤٣) ، الروضة (١/٣٤٠) .

(٥) المجموع (٤/٢٤١) .

(٦) أخرجه مسلم (٢١٧٣) .

(٧) شرح مسلم (١٤/١٥٥) .

بابُ[1] الاستبراء

٤٣٥٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٢] : (**يجبُ بسببين : أحدُهما : مِلكُ أمةٍ بِشِرَاءٍ أو إرثٍ أو هِبَةٍ أو سَبيٍ أو ردٍّ بعيبٍ أو تحالفٍ أو إقالةٍ**) فيه أمران :

أحدهما : أن هـٰذه أمثلة ، ولا انحصار له فيها ؛ فقد يملكها بوصية أو برد بخيار الرؤية أو برجوع في الهبة ؛ ولهـٰذا أطلق « التنبيه » و« الحاوي » الملك[2] ، وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أر من تعرض لجارية القراض إذا انفسخ واستقل بها المالك ، وكذا في زكاة التجارة إذا أخرج الزكاة ، وقلنا : المستحق شريك بالواجب بقدر قيمته في غير الجنس . قال : وينبغي أن يجب الاستبراء فيهما ؛ لتجدد الملك والحل .

ثانيهما : أن محل ذلك : ألاَّ تكون الأمة زوجاً له ، فلو اشترىٰ زوجته . . جاز وطؤها من غير استبراء ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٣٧] : (**ملك غير الزوجة**) ، وقد ذكرها « التنبيه » و« المنهاج » بعد ذلك[3] ، ومحله : في الحر ، أما المكاتب : فإذا اشترىٰ زوجته . . انفسخ نكاحها كما حكاه الماوردي ، وليس له الوطء دون إذن سيده ، فإن أذن . . ففيه قولان ، فإن قلنا : يجوز . . اتجه وجوب الاستبراء ، وأيضاً : فلو اشترى الحر زوجته بشرط الخيار . . **فالمنصوص** : أنه لا يجوز وطؤها في زمن الخيار ، وفيه وجه .

٤٣٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**وإن كاتب أمته ثم رجعت إليه بالفسخ . . لم يطأها حتىٰ يستبرئها**) و« الحاوي » [ص ٥٣٧] : (**ورفع الكتابة الصحيحة**) ، أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٥٢] : (**ويجبُ في مَكَاتَبَةٍ عُجِّزَتْ**) لأنه لا يتناول ما إذا فسخت هي بلا عجز .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وكذا جارية المكاتب العائدة إلى السيد بفسخ الكتابة يحتاج السيد إلى استبرائها .

٤٣٥٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٢] : (**وكذا مرتدةٌ في الأصح**) أي : إذا عادت للإسلام ، وكذا إذا ارتد السيد ثم أسلم ، وقد ذكر الصورتين « التنبيه »[4] وجمعهما « الحاوي » بقوله [ص ٥٣٧] : (**وزوال الردة**) .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وكذا لو أسلمت جارية الكافر ، ثم أسلم هو . . فيحتاج إلى

---

(١) في (أ) : (كتاب) .

(٢) التنبيه (ص ٢٠٢) ، الحاوي (ص ٥٣٧) .

(٣) التنبيه (ص ٢٠٢) ، المنهاج (ص ٤٥٢) .

(٤) التنبيه (ص ٢٠٣) .

الاستبراء في **الأصح** ؛ لحدوث الحل ، ولم أر من تعرض له .

٤٣٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**وإن كانت مزوجة أو معتدة . . لم يصح استبراؤها حتىٰ يزول النكاح وتنقضي العدة**) و« الحاوي » [ص ٥٣٧] : (**بعد عدة المعتدة وطلاق المزوجة**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٥٢] : (**ولو ملك مُزَوَّجَة أو مُعْتَدَّةً . . لم يجب**) لإفهامه ببادىء الرأي عدم الوجوب مطلقاً ، وإن كان قد قال بعده : (**فإن زالا . . وجب في الأظهر**)[١] ، لكن العبارة المتقدمة أرشق وأدل على المراد .

ويستثنىٰ من عبارتهم جميعاً : ما لو كانت معتدة منه . . فإنه يجب استبراؤها قطعاً .

٤٣٥٩ـ قول « التنبيه » فيما لو زوج أمته [ص ٢٠٣] : (**وإن طلقت بعد الدخول فاعتدت من الزوج . . فقد قيل : يدخل الاستبراء في العدة ، وقيل : لا يدخل ، بل يلزمه أن يستبرئها**) **الأصح** : الثاني ، وهو داخل في قول « الحاوي » [ص ٥٣٧] : (**وزوال الزوجية**) .

٤٣٦٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**وأما تزويجها ؛ فإن كان قد وطئها المالك أو من ملكها من جهته . . لم يحل تزويجها قبل الاستبراء**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٥٢] : (**ويحرم تزويجُ أمةٍ موطوءة**) لأنه قد يفهم اختصاص ذلك بأن يكون هو الذي وطئها .

ويستثنىٰ منه : تزويجها ممن يجب الاستبراء بسبب وطئه كما إذا زوجها المشتري من البائع الواطىء قبل أن يستبرئها ، كما جزم به في « أصل الروضة »[٢] ، وقال في « التوشيح » : فيه نظر ؛ فإن الولد كان ينعقد بماء البائع قبل البيع حراً ؛ لأنه ولد أم ولد ، وبعد البيع والزواج رقيقاً ؛ لأنه يتبع أمه في الرق ، وإذا جرىٰ لنا قول فيمن اشترىٰ زوجته أنه يجب عليه الاستبراء مع أن ولده منها بعد أن كان ينعقد رقيقاً صار ينعقد حراً . . فلأن يجري في هـٰذه الصورة مع أن الأمر بالعكس أولىٰ ، بل الذي يظهر : ترجيح وجوب الاستبراء .

قال شيخنا الإمام البلقيني : فلو أتت بولد ، قال المشتري : هو من النكاح ، وقال البائع : من ملك اليمين ؛ فإن لم يكن البائع استبرأها قبل البيع . . فالقول قوله بيمينه إن علم المشتري بأنه وطئها ، وقول المشتري إن لم يُعلمه بذلك ، وإن استبرأها قبل البيع وأتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء ولأكثر من ستة أشهر من حين العقد . . صدق المشتري .

٤٣٦١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**وإن أعتق أم ولده في حياته أو مات عنها . . لزمها الاستبراء**) يستثنىٰ منه : ما إذا تزوجها هو . . فيجوز بلا استبراء في **الأصح** ، وقد ذكره « المنهاج »[٣] ، وجمع

---

(١) المنهاج (ص ٤٥٢) .

(٢) الروضة (٨/ ٤٣٤) .

(٣) المنهاج (ص ٤٥٢) .

« الحاوي » بين هٰذه الصورة والتي قبلها بقوله [ص ٥٣٧] : (**يحرم تزويج الموطوءة ، وزائلة الفراش من غيرٍ**) ، وقول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**في حياته**) تأكيد لا فائدة له ؛ إذ لا يمكن أن يكون ذلك إلا في حياته .

٤٣٦٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٢] : (**ولو أعتقها أو مات عنها وهي مُزَوَّجَةٌ . . فلا استبراءَ**) كذا إذا كانت معتدة ، وقد صرّح به « التنبيه »[١] ، ودل علىٰ ذلك قول « الحاوي » [ص ٥٣٧] : (**وزائلة الفراش**) لأنها إذا كانت مزوجة أو معتدة . . ليست فراشاً للسيد ، فلم يزل فراشها بموته أو عتقه .

ويستثنىٰ من عبارة « التنبيه » : ما لو أعتقها أو مات عنها وهي في عدة وطء شبهة . . **فالأصح** : الوجوب ، ولا يرد ذلك على « الحاوي » لأنها ليست فراشاً لواطىء الشبهة .

٤٣٦٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**فإن مات السيد والزوج أحدهما قبل الآخر ولم يعلم السابق منهما ؛ فإن كان بين [مدتهما[٢]] شهران وخمس ليالٍ فما دون ذلك . . لم يلزمها الاستبراء**) قال النووي : **صوابه** : خمسة أيام بلياليها[٣] ، قال في « الكفاية » : ولا مؤاخذة في الحكم ؛ لأن دون عدة الأمة كقدرها ، والظاهر : أن مراده قدرها كما في « المهذب »[٤] .

قلت : وقد عبر في عدة الأمة بذلك ، وسبق تأويله بأن المراد : بأيامها ، وفي « المهمات » : إن **الفتوىٰ** علىٰ أن حكم الشهرين وخمس ليالٍ بأيامها كحكم أكثر منها في لزوم الاستبراء مع عدة الوفاة بحيضة ؛ إما بعدها أو فيها ؛ فقد نص عليه في « المختصر »[٥] ، فإن صح ذلك . . فعبارة « التنبيه » صحيحة بلا تأويل .

٤٣٦٤ـ قوله : (**وإن كانت حائلاً . . استبرأها بحيضة في أصح القولين**)[٦] قد يفهم منه الاكتفاء ببعضها كالعدة ، وليس كذلك ؛ ولهٰذا قيدها « المنهاج » و« الحاوي » بالكمال[٧] .

٤٣٦٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٣٧] : (**وإن وطىء وانقطع بالحمل**) صورته : أن يكون ذلك بعد مضي مدة أقل الحيض ، صرح به في « النهاية »[٨] ، ولم يتعرض الرافعي لذلك إلا أنه نقل عن « الوسيط » ما يدل عليه ، وهو تعليله بتمام الحيضة[٩] ، وجزم القفال في « فتاويه » بأن الوطء

---

(١) التنبيه (ص ٢٠٣) .
(٢) في (أ) : (موتهما) ، والمثبت من باقي النسخ .
(٣) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٨٧) .
(٤) المهذب (٢/١٥٤) .
(٥) مختصر المزني (ص ٢٢٥) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٣) .
(٧) الحاوي (ص ٥٣٧) ، المنهاج (ص ٤٥٢) .
(٨) نهاية المطلب (١٥/٣٣٨) .
(٩) الوسيط (٦/١٦٦) ، وانظر « فتح العزيز » (٩/٥٣٠) .

والاستمتاع يقطعان الاستبراء ويستمر التحريم إلىٰ أن ينعزل عنها ويستبرئها .

٤٣٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**وإن كانت ممن لا تحيض لصغر أو إياس . . استبرأها بثلاثة أشهر في أصح القولين ، وبشهر في القول الآخر**) **الأصح عند الجمهور** : الثاني ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[1] ، أما إذا لم تحض لعارض وهي ممن تحيض . . فكنظيرها في العدة .

٤٣٦٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٢] : (**فإن كانت حاملاً . . استبرأها بوضع الحمل**) أي : ولو من زنا **في الأصح** ، كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، ومحل استبرائها بالوضع : ما إذا كانت مَسْبيّة أو زال عنها فراشُ سيدٍ ، فإن مُلِكت بشراء وهي حامل من زوج أو وطء شبهة . . فقد سبق أن لا استبراء في الحال ؛ لكونها مُزوَّجة أو معتدة ، فإذا وضعت وزال النكاح . . وجبت **في الأظهر** ، ذكره « المنهاج »[3] .

٤٣٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٣] : (**وإن ملكها بمعاوضة . . لم يصح استبراؤها حتىٰ يقبضها**) **صحح في** « المنهاج » : حسبانه قبل القبض[4] ، ويرد عليه : أنه يفهم صحته قبل لزوم الملك ؛ بأن يوجد في زمن الخيار مع التفريع علىٰ أن الملك للمشتري أو موقوف ، وليس كذلك ؛ ولهـٰذا اعتبره « الحاوي » فقال [ص ٥٣٧] : (**بعد لزوم الملك**) ودخل في عبارته أيضاً : ما لو اشترى العبد المأذون جارية وعليه دين ومضىٰ زمن الاستبراء قبل وفاء الدين . . فإنه لا يُعتد به **في الأصح** ، فيحتاج السيد في وطئها إلى استبراء بعد وفاء الدين ، ومفهوم « التنبيه » حصوله قبل القبض فيما ملك بغير معاوضة ، وهو كذلك في الإرث ، وكذا في الوصية بعد الموت والقبول ، ولا ترد الهبة ؛ لأنها لا تملك إلا بالقبض .

وقول « المنهاج » [ص ٤٥٣] : (**إن ملَكَ بإرثٍ ، وكذا شراءً في الأصح ، لا هبةٌ**) يقتضي من جهة اللفظ : حصول الملك في الهبة قبل القبض ، وعبارة « الروضة » صريحة فيه[5] ، وليس كذلك ؛ ولعله أشار بذلك إلىٰ خروجه أولاً بقوله : (**بعد الملك**) لا استثناءه مما حصل فيه الملك ، وهـٰذا هو اللائق به ، والله أعلم .

واعلم : أن ما ذكرناه هنا من امتناع الاستبراء قبل لزوم الملك يخالف إطلاقهم في البيع أنه إذا شرط الخيار للمشتري وحده . . فالملك له ، ويحل له الوطء ؛ فإنه يلزم من الحل الاكتفاء بالاستبراء في زمن الخيار ، وجمع في « المطلب » بينهما : بأن المراد بالحل هناك : ارتفاع التحريم المستند

---

(١) الحاوي (ص ٥٣٧) ، المنهاج (ص ٤٥٣) .
(٢) الحاوي (ص ٥٣٧) ، المنهاج (ص ٤٥٣) .
(٣) المنهاج (ص ٤٥٣) .
(٤) المنهاج (ص ٤٥٣) .
(٥) الروضة (٨/٤٢٧) .

إلىٰ ضعف الملك وانقطاع سلطنة البائع فيما يتعلق بحقه ، وأن نفي التحريم لمعنىً آخر ، وهو الاستبراء .

٤٣٦٩ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ويحرم الاستمتاعُ بالمستبرَأَةِ إلا مَسْبِيَّةٌ ؛ فيحلُّ غيرُ وطءٍ**)[١] نص الشافعي علىٰ خلافه ، فقال : وإذا اشترىٰ جارية من المغنم أو وقعت في سهمه أو في سوق المسلمين . . لم يُقبِّلها ولم يباشرها ولم يتلذذ بشيء منها حتىٰ يستبرئها ، حكاه في « المهمات »[٢] .

واعلم : أن الماوردي ألحق بالمسبية : من لا يمكن أن تحبل ، والحامل من الزنا ، والمشتراة وهي مزوجة وطلقها زوجها قبل الدخول ، والمزوجة إذا طلقها زوجها بعد الدخول وأوجبنا الاستبراء بعد انقضاء العدة[٣] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني بعد نقله عنه صورة الحامل من الزنا : ويلزم عليه أنه لو اشترىٰ صبيّة أو من صبي أو امرأة بحيث يستحيل ظهورها مستولدة لأحد . . أن لا يحرم الاستمتاع بغير الوطء مع أن المسبية قد يظهر أنها أم ولد لمسلم ، فيظهر أن لا ملك للسابي عليها ؛ وكأنهم لم يلتفتوا لذلك لندوره . انتهىٰ .

وفي « الاستقصاء » وجه : أن المشتراة من حربي كذلك ؛ إذ لا حرمة لمائه ، ولا يُفهم من تحريم الاستمتاع تحريم الخلوة بها ، وإن كان قد حُكي عن السبكي توقف فيها ؛ وكأنه ورع ؛ فإن المنقول الجواز ، صرح به الجرجاني في « الشافي » ، وعليه يدل قول الرافعي : إنه لا يحال بينه وبينها[٤] .

٤٣٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٣] : (**وإذا قالت : « حِضتُ » . . صُدِّقَت : ولو مَنعَتِ السَّيِّدَ فقال : « أَخبَرتْنِي بتمام الاستبراءِ » . . صُدِّقَ**) قد يفهم استواءهما مع أنها تصدق بلا يمين ، ولها في الصورة الثانية تحليفه في الأصح .

٤٣٧١ـ قولهم ـ والعبارة لـ« المنهاج » ـ : (**ولا تصيرُ أَمَةٌ فِرَاشاً إلا بوطءٍ**)[٥] قد يفهم أنه لو كان السيد مجبوب الذكر باقي الأنثيين . . لم يلحقه الولد ؛ لعدم إمكان الوطء منه ، وهو خلاف إطلاقهم لحاق الولد به ، فإن صح ذلك . . حمل علىٰ ما إذا كان من زوجة .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٣) ، و« الحاوي » (ص ٥٣٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٣) .
(٢) انظر « الأم » (٤/ ٢٧٣) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٣٥٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٥٤٢) .
(٥) انظر « التنبيه » (ص ١٩١) ، و« الحاوي » (ص ٥٣٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٣) .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : لم أقف علىٰ تصريح بذلك ، **والأقرب عندي : أنه يلحقه إلا أن ينفيه باليمين .**

٤٣٧٢ـ قول « التنبيه » في لحاق النسب [ص ١٩١] : **(وإن وطئها . . لحقه ، ولا ينتفي عنه ، إلا أن يدعي الاستبراء ويحلف عليه) صحح في** « المنهاج » : أنه يحلف أن الولد ليس منه[1] ، وعليه مشى « الحاوي » ، وعبارته [ص ٥٣٨] : **(ولو ادعت أمية الولد . . حلف أنه ليس منه)** وكلامه تبعاً للغزالي يشعر باشتراط دعواها الاستيلاد[2] ، قال الرافعي : والأكثرون لم يتعرضوا له . انتهىٰ[3] .

وقيل : يجمع بينهما في اليمين ، ومحل كلامهم : ما إذا أتت به لستة أشهر فأكثر من الاستبراء إلىٰ أربع سنين ، فلو ولدته لدون ستة أشهر من الاستبراء . . لحقه ، وليس له نفيه باللعان .

* * *

---

(١) المنهاج (ص ٤٥٣) .

(٢) انظر « الوجيز » (٢/١٠٩) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٤٨) .

كتاب الرضاع

٤٣٧٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٤] : (**إنما يثبُتُ بلبنِ امرأةٍ حيَّةٍ بلغتْ تسع سنينَ**) أي : حكم الرضاع ، وهو تحريم النكاح وثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر والخلوة دون سائر أحكام النسب ؛ كالميراث والنفقة والعتق بالملك وسقوط القصاص ورد الشهادة وغيرها ، كذا في « الروضة » وأصلها هنا(١) .

ويوافقه كلام ابن الرفعة ؛ فإنه قال : إنما ذكر « التنبيه » تحريم النكاح وحل النظر والخلوة وإن علم مما سبق ؛ ليفيد أنه لا يثبت به غير ذلك ؛ كولاية النكاح والمال والإرث والنفقة وسائر الأحكام(٢) .

وفاتهم هنا أنه يثبت به عدم نقض الطهارة باللمس **على الأظهر** ، نبه عليه شيخنا ابن النقيب(٣) ، لكنه مستفاد من ذكر المحرمية وخرج بتعبيرهم بالمرأة : الرجل والبهيمة ، فلو شرب من بهيمة صغيران . . لم يثبت بينهما أخوة ؛ لأن الأخوة فرع الأمومة ، فإذا لم يثبت الأصل . . لا يثبت الفرع ، كذا علل به الرافعي(٤) .

وذكر في « المهمات » أنه صرح بعد ذلك بعكسه ؛ حيث قال فيما لو كان له خمس مستولدات ، فارتضع صبي من كل رضعة : **فالأصح** أنه يصير أباً له ، ويجوز أن تثبت الأبوة دون الأمومة كعكسه .

قلت : ولا تناقض بينهما ؛ لأن المذكور أولاً : أن الأخوة لا تثبت بدون الأمومة ، والمذكور ثانياً : أن الأبوة تثبت بدون الأمومة .

٤٣٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**وإن حُلب منها في حياتها ثم سُقي الصبي بعد موتها . . حرم**) و« الحاوي » [ص ٥٣٩] : (**حُلب حياتها**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٥٤] : (**ولو حَلَبَت فأوجر بعد موتها . . حَرَّمَ في الأصح**) لأنه لا يتناول ما إذا حلبه غيرها منها ، وعبر في « الروضة » بـ (**الصحيح المنصوص**)(٥) .

---

(١) فتح العزيز (٩/٥٥٣) ، الروضة (٩/٣) .

(٢) التنبيه (ص ٢٠٤) .

(٣) انظر « السراج على نكت المنهاج » (٧/٨٤) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٥٤) .

(٥) الروضة (٩/٣) .

٤٣٧٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**وإن ثار لها لبن من وطء من غير حمل . . ففيه قولان ؛ أحدهما : يحرم ، والثاني : لا يحرم**) فيه أمور :

أحدها : أنه لا يتقيد ذلك بكونه من وطء ، بل لو كانت بكراً . . كان كذلك .

ثانيها : أن **الأصح** : التحريم ، وهو داخل في إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » المرأة[١] .

ثالثها : عبر النووي في « التصحيح » عن **الراجح** بالصواب[٢] ، فاقتضىٰ إنكار مقابله ، ويوافقه قول « الكفاية » : لم أره فيما وقفت عليه من كتب الأصحاب إلا ما حكاه مجلي وجهاً ، وحكاه الرافعي في البكر[٣] .

وقال في « المطلب » : **الأشبه** : أنه لم يقصد إجراء القولين مع مطلق التحريم ، بل في تحريم خاص ، وقوله : (**أحدهما : يحرم**) أي : على الواطىء ، كما تحرم المرضعة **على المنصوص** ، (**والثاني : لا يحرم**) أي : على الواطىء ، وان حرمت المرضعة ؛ لانعدام أثر وطئه بالنسبة إلى النسب الذي هو متعلقه في حالة الحمل والرضاع فرعه ، ووجود اللبن الذي هو متعلق الأم في الرضاع ، قال : وهـٰذا لم يحضرني في « الكفاية » ومن العجيب اعتراض شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » على النووي في تعبيره في « تصحيحه » بالصواب : بأن في « التنبيه » قولين ؛ فإن النووي يرد على « التنبيه » فكيف يرد بكلام « التنبيه » عليه ؟! وإنما يحصل الرد عليه بكلام غير الشيخ ، والله أعلم[٤] .

٤٣٧٦ـ قولهما فيما لو جُبِّنَ اللبن : (**حَرَّم**)[٥] قال في « الكفاية » : يظهر تقييده بما إذا أُطعم من المختلط خمس دفعات .

قلت : هـٰذا لا شك فيه ، ولا يحتاج لتكرير ذكر الخمس عند كل صورة ، وعبارة « الحاوي » صريحة في ذلك ؛ حيث قال [ص ٥٣٩] : (**حصول لبن امرأة ، وما حصل منه ، خمساً**) .

٤٣٧٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٤] : (**ولو خُلِطَ بمائعٍ . . حَرَّمَ إن غَلَبَ**) المراد بغلبته : ظهور إحدىٰ صفاته من طعم أو لون أو رائحة ، فلو لم يظهر شيء . . قدر مخالفاً في لون قوي ، كذا استنبطه الحليمي ، وعرضه على القفال الشاشي وابنه ، فارتضياه ، ثم وجده لابن سريج .

٤٣٧٨ـ قوله ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**فان غُلِبَ وَشَرِب الكلَّ ، قيل : أو البعض . . حَرَّمَ**

---

(١) الحاوي (ص ٥٣٩) ، المنهاج (ص ٤٥٤) .

(٢) تصحيح التنبيه (٢/١٢٩) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٥٥) .

(٤) تذكرة النبيه (٣/٣٧٦) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٤) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٤) .

على الأظهر)[١] محل الخلاف في البعض : إذا لم يتحقق وصول اللبن إلى الجوف ، كما صوره « التنبيه » بقوله [ص ٢٠٤] : **(وإن وقعت قطرة في حب ماءٍ فأسقي الصبي بعضه . . لم يحرم)** فإن تحققنا لانتشاره في الخليط لكثرته ، أو كان الباقي أقل من اللبن . . حرم شرب البعض قطعاً ، قاله الإمام وغيره[٢] ، لكن يشترط كون اللبن قدراً يمكن أن يسقىٰ منه خمس دفعات لو انفرد **على الأصح** عند السرخسي ، حكاه عنه الرافعي ، ولم يخالفه[٣] .

وذكر شيخنا الإمام البلقيني : أن القولين في شرب الكل لا يعرفان في طريقة العراقيين ولا المراوزة ، إلا في كلام البغوي وأبي الفرج الزاز والخوارزمي ، قال : وكلام الشافعي في « الأم » و« المختصر » صريح في التحريم غالباً كان أو مغلوباً ، وقد رد قول من فرق بين الغالب والمغلوب[٤] .

٤٣٧٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : **(وان حقن . . ففيه قولان) الأظهر** : أنه لا يحرم ، كما ذكره « المنهاج »[٥] ، وعليه مشى « الحاوي »[٦] ، ويجريان في الوصول إلى المثانة بالتقطير في الإحليل وإلى الجوف من جرح في البطن .

نعم ؛ لو وصل إلى المعدة من خرق في الأمعاء أو إلى الدماغ من مأمومة . . حرم قطعاً .

٤٣٨٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : **(فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات)**[٧] قد يُفهم أنه لو تَمّ الحولان في الرضعة الأخيرة . . لا تحريم ، **والأصح** : خلافه ، لكن نص الشافعي رحمه الله في « الأم » يوافق الأول ؛ حيث قال : وإذا لم تتم له الخامسة إلا بعد استكمال سنتين . . لم يحرم ، حكاه شيخنا الإمام البلقيني[٨] .

وابتداء هـٰذين الحولين من انفصال الولد بتمامه كما قال الرافعي : إنه القياس ، وجزم به في « أصل الروضة »[٩] ، وقال الروياني : من ابتداء خروجه ، وحكاه النووي في « نكت التنبيه » عن الصيمري ، ولم يحك سواه ، وحكى ابن كج فيه وجهين .

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٥٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٤) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٥/٣٥٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٥٧) .
(٤) الأم (٥/٢٩) ، مختصر المزني (ص ٢٢٧) .
(٥) المنهاج (ص ٤٥٤) .
(٦) الحاوي (ص ٥٣٩) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٤) ، و« الحاوي » (ص ٥٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٤) .
(٨) الأم (٥/٢٩) .
(٩) فتح العزيز (٩/٥٦١) ، الروضة (٩/٧) .

٤٣٨١- قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**وإن قطعت المرأة عليه . . لم يعتد بذلك رضعة ، وقيل : يعتد به**) **الأصح** : أنه يعتد به ، ومفهوم قول « المنهاج » [ص ٤٥٤] : (**فان قطع إعراضاً . . تعدد**) موافقة الأول ، فلو قامت لشغل خفيف ثم عادت . . اتحد جزماً .

٤٣٨٢- قوله ـ والعبارة له ـ « والحاوي » : (**أو للهوٍ وعاد في الحال . . فلا**)[1] قيده في « الروضة » ببقاء الثدي في فيه ، قال : بأن يلهو عن الامتصاص والثدي في فمه[2] .

وقال في « المهمات » : ليس ذلك بشرط ؛ فقد قال الشافعي في « المختصر » : فإن التقم الثدي فلهي قليلاً ثم أرسله ثم عاد إليه . . كانت رضعة واحدة[3] .

٤٣٨٣- قولهما أيضاً : (**أو تحول من ثدي إلىٰ ثدي**)[4] محله : ما إذا كان ذلك من امرأة واحدة ، فلو تحول من ثدي امرأة إلىٰ ثدي امرأة أخرىٰ . . فقد قال في « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**قيل : لا يعتد بواحدة منهما ، وقيل : يحسب من كل واحدة منهما رضعة**) **والأصح** : الثاني .

٤٣٨٤- قوله : (**وإن حلبت لبناً كثيراً في دفعة وفرق في خمس أوان وأوجر الصبي في خمس دفعات . . ففيه قولان ، أحدهما : أنها رضعة ، والثاني : خمس رضعات**)[5] **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج »[6] ، ولم يتعرض هو ولا الرافعي لتفريقه في خمس أوان ، والظاهر : أن ذلك مجرد تمثيل وتصوير .

٤٣٨٥- قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**وان حلبت خمس دفعات وخلطت وأوجر الصبي في دفعة واحدة . . فهو رضعة ، وقيل : فيه قولان**) **الأصح** : الأول ، ومشى« المنهاج » علىٰ طريقة القولين ، **وصحح أولهما**[7] ، ولم يتعرض هو ولا الرافعي للخلط ، والظاهر أنه مثال كما تقدم .

٤٣٨٦- قوله : (**فيما لو شك هل رضع في حولين أم بعد ؟ فلا تحريم ، وفيه قولٌ أو وجه**)[8] رجح في « الشرح الصغير » أنه قول ، فقال : قولان ، ويقال : وجهان .

٤٣٨٧- قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**وصارت المرأة أماً له**) بعد قوله : (**صار ولداً لها**) ،

---

(١) انظر « الحاوي » (ص ٥٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٤) .

(٢) الروضة (٩/٨) .

(٣) مختصر المزني (ص ٢٢٧) .

(٤) انظر « الحاوي » (ص ٥٣٩) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٤) .

(٥) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٤) .

(٦) المنهاج (ص ٤٥٤) .

(٧) المنهاج (ص ٤٥٤) .

(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٥٤) .

وقوله : (**وصار الرجل أباً له**) بعد قوله : (**صار الطفل ولداً له**) يسأل عن فائدة ذكره مع كونه معلوماً من الأول .

وأجاب عنه في « الكفاية » : بأنه يجوز أن يكون توطئة لذكر من ينتشر التحريم إليه .

قال في « التوشيح » : وعندي في جوابه أن باب الرضاع حكم شرعي ، فلا يلزم من صيرورة الرضيع ولداً لها صيرورتها أمّاً له حكماً ، ولو لزم ذلك . . لما احتاج « المنهاج » وسائر الكتب بعد قولهم : (**إن آباء المرضعة من نسب أو رضاع أجداد الرضيع**) إلىٰ قولهم : (**وأمهاتها جداته ، وأولادها إخوته وأخواته ، وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ، وأبو ذي اللبن جده ، وأخوه عمه وكذا الباقي**)[1] واختصار التطويل الذي في « التنبيه » و« المنهاج » أنه ينتشر التحريم عن كل من المرضعة والفحل إلىٰ أصوله وفروعه وحواشيه ، وينتشر من الرضيع إلىٰ فروعه فقط دون أصوله وحواشيه ، وبذلك عبر ابن يونس في « النبيه » ، وقول « المنهاج » [ص ٤٥٤] : (**وتسري الحرمة إلىٰ أولاده**) أي : أولاد الرضيع .

٤٣٨٨ـ قوله : (**ولو كان بدل المستولدات بناتٌ أو أخواتٌ . . فلا حرمة في الأصح**)[2] عبر في « الروضة » بـ (المذهب)[3] .

٤٣٨٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٤] : (**وان كان الحمل ثابت النسب من رجل . . صار الطفل ولداً له**) وقول « الحاوي » [ص ٥٣٩] : (**علىٰ من ينتسب إليه من دَرَّ عليه اللبن**) أعم من قول « المنهاج » [ص ٤٥٥] : (**واللبن لمن نُسِبَ إليه ولدٌ نزل به بنكاحٍ أو وطء شبهةٍ**) لتناولهما ملك اليمين ، بخلاف « المنهاج » .

ويرد عليهم جميعاً : أن النسب بالإمكان ، ويشترط في حرمة الرضاع على الأب ثبوت الدخول كما صرح به ابن القاص ، فقال : متىٰ حل فرج . . لحق الولد بالأب لستة أشهر فصاعداً وإن لم يعرف دخول ، وليس كذلك الرضاع لا يُلحق الولد بالأب قبل الدخول .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه مقتضىٰ كلام الأصحاب ، ثم حكىٰ عن القاضي حسين : أنه لو نزل لها لبن قبل أن يصيبها . . ثبتت حرمة الرضاع في حقها دون الزوج ، ولو كان بعد ما أصابها ـ أي : ولم تحبل ـ . . **فالمذهب** : ثبوته في حقها دونه ، وقال في رواية حرملة : ثبتت في حقه أيضاً ، **والصحيح** : الأول . انتهىٰ .

وهـٰذا قدر زائد على الدخول ، وقد تقدم أن صاحب « المطلب » حمل عليه القولين اللذين في

---

(١) التنبيه (ص ٢٠٤) ، المنهاج (ص ٤٥٥) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٥٤ ، ٤٥٥) .

(٣) الروضة (٩/١٠) .

« التنبيه » فيما إذا ثار لها لبن من وطء من غير حمل .

٤٣٩٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٥] : **(ولو نفاه بلعانٍ . . انتفى اللبن)** قد يفهم أنه لو عاد واستلحق الولد . . لم يلحق الرضيع ، وليس كذلك ، قال الرافعي : ولم يذكروا هنا الوجهين المذكورين في نكاح التي نفاها ، ولا تبعد التسوية[1] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : قد ذكرهما أبو الفرج الزاز في « تعليقه » ، ولكنه وهم ؛ فإن الوجهين في المنفية شرطهما : ألاَّ يكون دخل بأمها ، فلا بد من وجود الشرط هنا ، ومتىٰ وجد الشرط . . فلا تحريم في الرضاع ؛ فإن شرط حرمة الرضاع : تحقق الإصابة في الزوجة بخلاف الولد نفسه ، كما قدمناه عن ابن القاص ، وهو مقتضىٰ كلام غيره .

٤٣٩١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٥] : **(وإن وطىء رجلان امرأة) أي** : وطئاً يلحق به النسب ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٥٥] : **(ولو وُطِئت منكوحةٌ بشبهةٍ ، أو وطىء اثنانِ بشبهة)** ولا يخفىٰ أن الاثنين مثال ، وكذا في قول « الحاوي » [ص ٥٣٩] : **(وإن احتمل من اثنين)** .

٤٣٩٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٥] : **(فإن مات المولود ولم يثبت نسبه . . ففي الرضيع قولان ، أحدهما : أنه ابنهما ، والثاني : أنه لا يكون ابن واحد منهما) الأصح** : الثاني ، والمراد : أنه ليس ابن واحد منهما على التعيين ، بل ابن أحدهما مبهماً كما قال البندنيجي .

٤٣٩٣ـ قوله : **(وهل للرضيع أن ينتسب إلىٰ أحدهما ؟ فيه قولان ، أحدهما : ينتسب)**[2] هو **الأصح** ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٣٩] : **(ينتسب الرضيع إن أُيِسَ عن نسبه)** .

٤٣٩٤ـ قوله : **(وإن أراد أن يتزوج بنت أحدهما . . فقد قيل : لا يحل ، وقيل : يحل)**[3] **الأصح** : الأول ، وهـٰذا مفرع على المرجوح في المسألة قبلها ، وهو عدم الانتساب ، قاله النووي في « نكته » ، **والحق** : أنه لا يختص به ، بل يأتي **على الأصح** ، وهو : جواز الانتساب إذا لم ينتسب .

٤٣٩٥ـ قوله : **(وإن كان لها لبن من زوج فتزوجت بآخر وحملت منه وزاد لبنها فأرضعت صبياً . . ففيه قولان ، أحدهما : أنه ولد الأول ، والثاني : أنه ابنهما)**[4] **الأصح** : الأول .

٤٣٩٦ـ قوله : **(وإن انقطع لبنها من الأول ثم حملت من الثاني وعاد لبنها وأرضعت صبياً . . ففيه**

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/ ٥٧٧) .

(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٥) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٥) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٤) .

ثلاثة أقوال ، أحدها : أنه ابن الأول ، والثاني : أنه ابن الثاني ، والثالث : أنه ابنهما)[1] **الأصح :** الأول ، وعليه مشى « المنهاج » وعبارته [ص ٤٥٥] : (**وقبلها** ـ أي : قبل الولادة ـ **للأول إن لم يدخل وقت ظهور لبن حمل الثاني ، وكذا إن دخل ، وفي قول** : للثاني ، **وفي قول** : **لهما**) ، وقد عرفت من كلام « التنبيه » أن صورة هـٰذه الأقوال : أن يكون انقطع لبنها من الأول ، والمراد : الانقطاع مدة طويلة ، أما إذا لم ينقطع ـ وهي المذكورة في « التنبيه » أولاً ـ أو انقطع قليلاً ثم عاد.. ففيها القولان اللذان في « التنبيه » ، وزيادة قول ثالث ، وهو : أنه إن زاد اللبن.. فلهما ، وإلا.. فللأول ، ولم يحتج « التنبيه » لذكر هـٰذا الثالث المفصل ؛ لأنه صور المسألة بزيادته ، وعرفنا من « المنهاج » أن صورة « التنبيه » : أن يكون زيادة اللبن أو حدوثه بعد دخول وقت ظهور لبن حمل الثاني .

واعلم : أن وطء الشبهة والملك كالنكاح فيما ذكرناه وإن توهم من التقييد بالزوج خلافه .

فَصْلٌ
[في فسخ النكاح بالرضاع]

٤٣٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٥] : (**ومن أفسد على الزوج نكاح امرأة بالرضاع.. لزمه نصف مهر مثلها ، وقيل : فيه قول آخر : أنه يلزمه مهر مثلها**) فيه أمور :

أحدها : عبر ابن يونس في « النبيه » **بالقطع** بدل الإفساد ، وعلله في « التنويه » بأن فيه إشارة إلى ارتفاع النكاح من حين الرضاع ، بخلاف لفظ الفساد ؛ فانه يوهم فساده من أصله ، وعبر« المنهاج » [ص ٤٥٥] : بـ(**انفساخ النكاح**) و« الحاوي » [ص ٥٤٠] : بـ(**دفع النكاح**) .

ثانيها : **لزوم النصف هو المنصوص المعتمد** ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[2] ، ووقع في « الروضة » وأصلها في (الحج) في الكلام علىٰ فدية الأذىٰ لزوم المهر[3] ، وهو وهم ، أو محمول علىٰ إطلاق اسم الكل على البعض ؛ لأنه ليس بصدد ذلك ، وإنما ذكره للفرق بينه وبين مسألة أخرىٰ لا يُغرم فيها شيء من المهر .

ثالثها : قوله : (**وقيل** : **فيه قول آخر**) يقتضي ترجيح القطع بالأول ، وفي « المنهاج » [ص ٤٥٥] : (**وفي قولٍ** : **كُلُّهُ**) فجزم بطريقة الخلاف .

رابعها : محل ذلك : في غير المدخول بها ، فإن كانت مدخولاً بها.. لزمه جميع مهر المثل ؛

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٤ ، ٢٠٥) .

(٢) الحاوي (ص ٥٤٠) ، المنهاج (ص ٤٥٥) .

(٣) فتح العزيز (٤/ ٤٧٤) ، الروضة (٣/ ١٣٥) .

ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٤٠] : (**وجميعه للموطوءة**) ، وصور « المنهاج » المسألة أولاً بالصغيرة التي لا يتأتي الدخول بها ، ثم قال في الكبيرة [ص ٤٥٦] : (**فإن كانت ـ أي : موطوءة ـ . . له على المرضعةِ مهرُ مثلٍ في الأظهر**) .

خامسها : تناول كلامهم جميعاً ما إذا كانت مكرهة على الإرضاع ، وهو الذي حكىٰ في « الروضة » وأصلها تصحيحه عن « البحر » ، وأقراه[1] ، **وصححه** في « الكفاية » ، لكن **الأصح** في (الجنايات) في الإكراه على الإتلاف وهٰذه من أفراده : أن للمالك مطالبة أيهما شاء ، غير أنه إذا طولب المتلف . . رجع على الأمر ، فإذا جمعنا بين الكلامين . . قلنا : اللزوم هنا ليس لزوم قرار بل طريق ، والقرار على المكرِه بكسر الراء ، والله أعلم .

٤٣٩٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٥] : (**ولو رضعت من نائمةٍ . . فلا غُرمَ ولا مَهرَ للمُرتَضِعة**) يخرج ما لو ارتضعت من مستيقظة ساكتة ، لكن **الأصح** عند النووي : أنها كالنائمة ؛ لعدم الفعل .

وقد يقال : إن قول « الحاوي » [ص ٥٤٠] : (**لا إن دبت الصغيرة**) موافق له ؛ لأنه يشمل ما لو دبت فرضعت من متيقظة ساكتة ، لكن في « المهمات » : أن تصحيح النووي هٰذا غلط ؛ فقد جزم في صدر المسألة بأن التمكين من الرضاع كالإرضاع ، قال : وهو الحق ؛ فقد جعلوا مثل هٰذا تمكيناً منسوباً إليه فيما إذا أتلف شخص وديعة تحت يده ، أو صبّ في جوفه وهو صائم مفطراً ، أو حمله فدخل به الدار المحلوف عليها .

٤٣٩٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٦] : (**ولو زوَّجَ أمَّ ولدِه عبدَهُ الصغيرَ فأرضعَتْهُ لبَنَ السيِّدَ . . حَرُمَت عليه وعلى السيدِ**) هٰذا مفرع علىٰ مرجوح ؛ **لأن الأصح** : أن السيد لا يجوز له إجبار عبده الصغير على النكاح ، وقد ظهر بذلك أن ما حكاه المزني عن الشافعي رضي الله عنه من أنها لا تحرم عليه ، وغلطه الأصحاب في نقله . . ليس بغلط ، بل **صحيح معتمد** ، وقد خرجه الشيخ أبو علي بتخريجات ، هٰذا أولاها ، والله أعلم .

٤٤٠٠ـ قوله : (**ولو كان تحتهُ صغيرةٌ وكبيرةٌ فأرضعتهَا . . انفَسَخَتَا**)[2] تقدمت هٰذه المسألة أول الفصل ، وإنما ذكرت هناك لأجل الغرم ، وهنا لتأييد التحريم وعدمه .

٤٤٠١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٥] : (**وان كان له امرأتان صغيرتان فأرضعت امرأة إحداهما بعد الأخرىٰ . . ففيه قولان ، أحدهما : ينفسخ نكاحهما ، والثاني : ينفسخ نكاح الثانية**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج »[3] و« الحاوي » بقوله [ص ٥٤٠] : (**ولزوجتيه كيف ارتضعتا**) وهو

---

(١) فتح العزيز (٩/٥٨٦) ، الروضة (٩/٢٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٥٦) .
(٣) المنهاج (ص ٤٥٦) .

القديم ، ومقابله **الجديد** ، فهٰذه المسألة **مما يُفتىٰ فيه على القديم** ، وصورة المسألة : أن تكون المرضعة أجنبية ، فإن كانت زوجة له . . ففيه تفصيل بسطه « المنهاج »[1] .

فَصْلٌ

[في دعوى الرضاع وما يثبت به]

٤٤٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٧] : (**قال : « هند بنتي » . . حَرُمَ تَنَاكُحُهُمَا**) شرطه : ألا يكذبه الحس ؛ كأن تكون أسنّ منه ، كما قال في الإقرار بالنسب : (**اشترط لصحته ألا يكذبه الحس**)[2] ، وهٰذا وارد أيضاً علىٰ إطلاق « الحاوي » [ص ٥٤٠] : (**ولو بقوله**) وهو واضح .

٤٤٠٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٧] : (**وإن ادَّعىٰ رَضَاعاً فَأَنْكَرَتِ . . انفسخ ولها المُسَمَّىٰ إن وطىء ، وإلا . . فنصفُهُ**) له طريق إلىٰ إسقاط ذلك ؛ بأن يحلفها قبل الوطء ، وكذا بعده إن نقص مهر المثل عن المسمىٰ ، فإن نكلت . . حلف ولزمه مهر المثل فقط إن وطىء ، وإلا . . فلا شيء .

٤٤٠٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٠] : (**وبقولها**) محله : فيما إذا زوجت بغير رضاها ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٥٧] : (**وإن ادعته فأنكَرَ . . صُدِّق بيمينه إن زُوِّجت برضاها ، وإلا . . فالأصحُّ : تصديقُهَا**) ، وكذلك ذكره « الحاوي » قبيل (الصداق) فقال [ص ٤٧٦] : (**ودعوى الراضية محرمية بلا عذر لا تقبل**) ، ولم يطلق الرافعي في « شرحيه » فيها تصحيحاً ، بل نقل كلاً منهما عن جماعة[3] .

والمراد بتزويجها برضاها : ما إذا أذنت لوليها في رجل بعينه ، أما إذا أذنت في التزويج مطلقاً واكتفينا به ثم ادعت المحرمية . . فكالتي زوجت بغير رضاها ، ومحل تصديقها فيما إذا زوجت بغير رضاها : إذا لم تمكنه ، فإن مكنته . . فكتزويجها برضاها .

٤٤٠٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٠] : (**المهر**) أي : **يدفع** قولها : بيننا رضاع محرم المهر ؛ أي : يسقطه ، محله : في غير الموطوءة ، وفيها بالنسبة إلى المسمىٰ ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٥٧] : (**ولها مهر المثل إن وطىء ، وإلا . . فلا شيء**) ثم فيه أمران :

أحدهما : أنه إنما يكون لها مهر المثل إذا دخل بها غير عالمة ، فإن كانت عالمة . . فلا مهر لها كما سبق في النكاح .

ثانيهما : يستثنىٰ من كونها لا تأخذ المسمىٰ : ما إذا كان الزوج دفعه إليها . . فليس له طلب

---

(١) المنهاج (ص ٤٥٦) .

(٢) المنهاج (ص ٢٨٥) .

(٣) فتح العزيز (٩/٥٩٨) .

رده ؛ لزعمه أنه لها ، وقد ذكره « الحاوي » بقوله [ص ٥٤٠] : (**والمقبوض لا يسترد المنكر**) قال الرافعي : ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما إذا أقر لغيره بمال وهو ينكره[١] .

٤٤٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٧] : (**ويثبت بشهادة أربع نسوة**) قال المتولي : هـٰذا إذا تنازعا في الشرب من الثدي ، فإن تنازعا في الشرب من ظرف .. لم تقبل النسوة المتمحضات .

نعم ؛ يقبلن في أن اللبن الذي في الظرف لبن فلانة[٢] .

٤٤٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٧] و« الحاوي » [ص ٥٤٠] : (**ويثبت بشهادة المرضعة إن لم تطلب الأجرة**) المراد : شهادتها مع غيرها لا وحدها .

٤٤٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٧] : (**والأصح : أنه لا يكفي « بينهما رضاعٌ مُحَرِّمٌ » ، بل يجب ذكر وقتٍ وعددٍ ، ووصولِ اللبن جوفَهُ**) فيه أمور :

أحدها : جعل في « الروضة » هـٰذا الكلام مسألتين :

الواحدة : أنه أطلق جماعة ـ منهم الإمام ـ أن الشهادة المطلقة أن بينهما رضاعاً محرماً أو حرمة الرضاع أو أخوّته أو بنوّته .. مقبولة ، وقال الأكثرون : لا تقبل ، بل يشترط التفصيل والتعرض للشرائط ، وهو ظاهر النص ، وصححه البغوي[٣] .

قال الرافعي : ويحسن أن يتوسط ، فيقبل إطلاق فقيه يوثق بمعرفته دون غيره ، وينزل الكلامان عليه ، أو يخص الخلاف بغير الفقيه[٤] .

الأخرىٰ : إذا شهد علىٰ فعل الرضاع والارتضاع .. لم يكف ، وكذا في الإقرار ، بل لا بدّ من التعرض للوقت والعدد ؛ كخمس رضعات في الحولين[٥] .

وقال في « المطلب » : لا يكفي علىٰ هـٰذا كونه فقيهاً ، بل لا بد مع فقهه من كونه علىٰ رأي القاضي ، وكلاهما مقلد ؛ فإن كانا مجتهدين .. ففيه نظر ؛ لأنه قد يتغير اجتهاد أحدهما عند الشهادة ، قال : ولذلك نظير ذكره ابن أبي الدم ، فقال : لو شهد أن فلاناً يستحق علىٰ فلان كذا ولم يذكر مستنده في الاستحقاق .. ففي سماعه ثلاثة أوجه : **أحدها** : إن كان فقيهاً علىٰ مذهب القاضي .. سمعت ، وإلا .. فلا ؛ لاختلاف الناس في الأسباب الملزمة .

قلت : وكذا اعتبروا في قبول الإخبار عن نجاسة الماء أن يكون فقيهاً موافقاً .

ثانيها : أن اقتصاره على العدد يفهم أنه لا يشترط وصفها بالتفرق ، وعبارة « البحر » : خمس

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٩/٥٩٨) .
(٢) انظر « الروضة » (٩/٣٦) .
(٣) الروضة (٩/٣٧ ، ٣٨) ، وانظر « التهذيب » (٦/٣١٧) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٩/٦٠٢) .
(٥) الروضة (٩/٣٨) .

رضعات متفرقات ، قال الرافعي : وفي التعرض للرضعات ما يغني عن ذكر التفرق[1] ، ونازعه ابن الرفعة فقال : قد يكون أطلقها باعتبار المصة والمصتين ، والمأخذ في الاشتراط كون ذلك مختلفاً فيه ، قال : وينبغي أن يطرقه التفصيل بين أن يكون المطلق للرضعات فقيهاً أم لا .

ثالثها : عبارته تقتضي الجزم باشتراط وصول اللبن جوفه تفريعاً على اشتراط التفصيل ، وليس كذلك ، بل فيه وجهان ، وقد صرح بذلك في « المحرر » فقال : (**والأظهر** : أنه يشترط ذكر وصول اللبن إلى الجوف)[2] فكان ينبغي لـ« المنهاج » أن يقول : (وكذا ذكر وصول اللبن إلىٰ جوفه **في الأصح**) .

رابعها : ذكر الرافعي قبل ذلك أن المرضعة إذا لم تدع الأجرة ؛ فإن لم تتعرض لفعلها بأن شهدت بأخوة الرضاع بينهما أو علىٰ أنهما ارتضعا منها . . فيقبل . انتهىٰ[3] .

ومقتضاه : قبول الشهادة المطلقة بذلك ؛ ولعله محمول على التفصيل المذكور هنا .

* * *

---

(1) انظر « فتح العزيز » (٦٠٣/٩) .

(2) المحرر (ص ٣٧٤) .

(3) انظر « فتح العزيز » (٦٠١/٩) .

كتاب النفقات

٤٤٠٩ـ في « أصل الروضة » : لوجوب النفقة ثلاثة أسباب : ملك النكاح ، واليمين ، وقرابة البعضية[١] ، وأورد في « المهمات » على الحصر : الهدي والأضحية المنذورين ينتقل ملكهما للفقراء مع وجوب نفقتهما على الناذر ، ونصيب الفقراء بعد الحول وقبل الإمكان يجب نفقته على المالك كما يقتضيه كلامهم ، وخادم الزوجة والحيوان المستعار نفقته على المستعير عند القاضي حسين ، لكن أوجبها الماوردي والعمراني على المالك ، وهو القياس ، وبه جزم في « الكفاية » .

ومما لم يذكره : ما لو أشهد صاحب الحق جماعة على القاضي وخرج بهم ليؤدوا عند قاضي بلد آخر فامتنعوا في أثناء الطريق حيث لا شهود ولا قاض . . فليس لهم ذلك ، ولا أجرة أيضاً ؛ لأنهم ورطوه .

نعم ؛ تجب نفقتهم وكذا دوابهم ، ذكره في « أصل الروضة » قبيل القسمة عن البغوي[٢] ، وأما وجوب نفقة خادم الزوجة . . فهو من علق النكاح .

٤٤١٠ـ قولهما : (**فإن كان موسراً . . لزمه مدان**)[٣] استثني منه : الموسر المكاتب ، وكذا المبعض في الأصح لا يجب عليهما إلا نفقة المعسرين ، وقد ذكرهما « الحاوي » فقال [ص ٥٤٢] : (**على المسكين والمكاتب وممسوس الرق**) لكن كلام الرافعي يقتضي أن المبعض معسر ولو كثر ماله ، قال : لنقص حاله[٤] .

قلت : إلا أن المفروض كونه موسراً بالتفسير المذكور هنا ، وقد ألحقه الرافعي في الكفارة بالموسرين ، وأوجب عليه التكفير بما عدا العتق من المال ، وذكر في نفقة الأقارب عن « البسيط » : أن الظاهر وجوبها عليه ، وهل تلزمه نفقة تامة أو نصفها ؟ وجهان ، قال النووي : الأصح : نفقة كاملة ؛ لأنه كالحر[٥] ، وذلك يخالف المذكور هنا .

٤٤١١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**ومسكينُ الزكاةِ مُعْسِرٌ ، وَمَن فوقَهُ إن كان لو كُلِّف مُدَّينِ رَجَعَ مِسكيناً . . فَمتوسِّطٌ ، وإلا . . فمُوسِرٌ**) تبعا فيه قول

---

(١) الروضة (٩/ ٤٠) .

(٢) الروضة (١١/ ١٩٩) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٨) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٦) .

(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٨٦) .

الرافعي : إنه أحسنها[١] ، وهو الذي ذكره الإمام والغزالي[٢] ، لكن فاته من كلام الإمام : أن من لا يستحق سهم المساكين لقدرته على الكسب . . لا يملك مال معسر أيضاً وإن حصل بكسبه أضعاف ما يحتاج إليه ، وقد ذكره في « أصل الروضة » بعد ذلك[٣] ، وأن الإمام إنما قال في المتوسط : لو كُلّف مدّين . . لأوشك أن ينحط للإعسار[٤] ، وقد عرفت أنه عنده أعم من المسكنة ؛ لشموله صاحب الكسب الواسع ، فإنه معسر وليس مسكيناً .

٤٤١٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**من الحب المقتات في البلد**) لو عبر كـ « الحاوي » [ص ٥٤٢] : بـ (**حبّ غالب قوت البلد**) . . لكان أولىٰ ، وأحسن منهما قول « المنهاج » [ص ٤٥٨] : (**الواجبُ : غالبُ قوتِ البلد**) لتناوله الأقط في حق أهل البادية الذين يقتاتونه .

٤٤١٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**ثم اللائق به**) أي : إذا لم يكن غالب . . وجب اللائق ، هو أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٥٨] : (**فإن اختلف . . وجب لائقٌ به**) لأنه لا بد من تقييده بألاَّ يكون هناك غالب ، وقد يُفهم من اقتصار « التنبيه » على الحب : أنه لا تجب مؤنة الطحن والخبز ، وليس كذلك ، بل يجبان في **الأصح** كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٥] ، لكن للإمام احتمالان في استحقاق المؤنة فيما لو باعت الحبَّ أو أكلته حباً[٦] .

٤٤١٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ويجب تسليم النفقة إليها في أول النهار**) عبر في « المهذب » بطلوع الشمس[٧] ، ووقع ذلك في الرافعي في (الضمان)[٨] ، **والمعتمد** : طلوع الفجر ، وهو مقتضىٰ قوله : (**أول النهار**) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**صبيحة كل يوم**) ، وأفصح به « المنهاج » بالنسبة إلى اليسار والإعسار فقال [ص ٤٥٨] : (**ويعتبرُ اليسارُ وغيرُهُ طلوعَ الفجر**) .

وقال الماوردي : الوقت الذي تستحق فيه نفقة يومها هو أول أوقات التصرف فيه ؛ لأنها إن طالبت مع طلوع فجره . . خرجت عن العرف ، وإن أخرت إلى الغروب . . أضرّ بها[٩] .

وقال في « البسيط » تبعاً للإمام : معنىٰ قولهم : إن النفقة تجب بطلوع الفجر : أنه إن قدر . .

---

(١) انظر « فتح العزيز » (٦/١٠) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (٤٢٣/١٥) ، و« الوجيز » (١١٤/٢) .
(٣) الروضة (٤١/٩) .
(٤) انظر « نهاية المطلب » (٤٢٣/١٥) .
(٥) الحاوي (ص ٥٤٣) ، المنهاج (ص ٤٥٨) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (٤٣٣/١٥) .
(٧) المهذب (١٦٢/٢) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٥٠/٥) .
(٩) انظر « الحاوي الكبير » (٤٥٧/١١ ، ٤٥٨) .

وجب عليه التسليم ، وإن ترك . . عصىٰ ، ولكن لا يُحبس ولا يخاصم[١] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : اعتبروا في اليسار وغيره وقت الوجوب ، ولم يعتبروا وقت الأداء ؛ لأنه قد يتأخر فيقتضي الإضرار إما بالزوجة أو بالزوج ، بخلاف الكفارات ؛ فإن فيها ثلاثة أقوال ، قال : ولو قيل : يُنظر إلىٰ وقت الاستقرار بمضي الليل التابع للنهار . . لم يبعد ، ويكون بتقدير ثبوت خلاف هنا نظير الخلاف في أن العبرة في قيمة المتقوَّم في الشفعة بوقت العقد أم بوقت استقراره بانقطاع الخيار ؟ والأرجح هناك : الأول .

٤٤١٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**فإن رضيت بأخذ العوض . . جاز علىٰ ظاهر المذهب**) قال « المنهاج » [ص ٤٥٨] : (**إلا خبزاً ودقيقاً على المذهب**) وفاته : استثناء السويق ؛ وعلله في « الروضة » وأصلها : بأنه ربا[٢] ، ومقتضاه : اختصاص المنع بالجنس ، فلو اعتاضت عن الحنطة دقيق شعير . . جاز ، وتعبير « المنهاج » مع ذلك أحسن من قول « الحاوي » [ص ٥٤٣] : (**وتعتاض الدرهم عنه**) فإنه لا يختص الاعتياض بالدرهم .

واعلم : أنه قد تشمل عبارتهم الاعتياض من غير الزوج ، ولا يجوز قطعاً .

٤٤١٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٨] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٤١] : (**ولو أكلَتْ معهُ [على العادة]**[٣] . . **سقطت نفقتُها في الأصح**) تبعا فيه « المحرر » فإنه قال : (إنه الأولىٰ)[٤] ، وفي « الشرح الصغير » تبعاً لـ« الوجيز » : إنه أحسن[٥] ، وصرح بتصحيحه من زيادة « الروضة »[٦] ، لكن في « الشرحين » : إن مقابله أقيس ، وهو الذي ذكره في « البحر »[٧] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : الوجهان لا يُعرفان في طريقة العراقيين ، ولم يذكرهما من المراوزة إلا الإمام والغزالي .

وقال في « الذخائر » : محلهما : فيما إذا لم تأخذه عوضاً ، فإن أخذته عوضاً . . سقطت نفقتها وجهاً واحداً ، وعندي الأمر بعكسه : إن أخذته عوضاً . . فالوجهان ، وإن لم تأخذه عوضاً ولا استيفاء . . لم تسقط نفقتها وجهاً واحداً ، وفي « أصل الروضة » في تعليل عدم السقوط : لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره[٨] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٤٦٩) .
(٢) فتح العزيز (١٠/ ٢٢ ، ٢٣) ، الروضة (٩/ ٥٤) .
(٣) في (أ) : (كالعادة) .
(٤) المحرر (ص ٣٧٥) .
(٥) الوجيز (٢/ ١١٥) .
(٦) الروضة (٩/ ٥٣) .
(٧) فتح العزيز (١٠/ ٢١) .
(٨) الروضة (٩/ ٥٣) .

قال شيخنا المذكور : ومقتضاه : عدم رجوعه عليها ، ولم يقل به أحد إذا فعله علىٰ أنه نفقتها ، بل إذا لم تسقط نفقتها . . وجب له بدل ما أتلفته عليه فيتحاسبان ويؤدي كل منهما ما عليه ، وممن جزم بذلك الشيخ أبو حامد والبندنيجي . انتهىٰ .

وقال الإمام : إذا قلنا بالسقوط . . فكأن نفقتها مترددة بين الكفاية إن أرادت وبين التمليك علىٰ قياس الأعواض إن طلبت ، قال : وهو حسن غامض[1] .

وقال في « المهمات » : التصوير بالأكل معه على العادة يشعر بأنها إذا أتلفته أو أعطته غيرها . . لم تسقط ، وبأنها إذا أكلت دون الكفاية . . لم تسقط ، وبه صرح في « النهاية » ، وهل لها المطالبة بالجميع أو التفاوت ؟ فيه نظر .

٤٤١٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٨] : (**إلا أن تكون غير رشيدةٍ ولم يأذنْ وليُّها**) عبر في « أصل الروضة » بالصّغيرة[2] ، وعبارته هنا تتناول السفيهة ، لكن **الأصح** : أن للأمة قبض نفقتها .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي أن تكون السفيهة كالأمة كما جُعل قبض السفيهة والعبد في عوض ما خالعا عليه واحداً وإن اعتبر هناك الإذن ، وذكر في « المهمات » أن التعبير بالصغيرة ناقص ؛ لخروج السفيهة والمجنونة ، وأن **الصواب** : التعبير بغير الرشيدة .

٤٤١٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**وقرب مكيلة زيت أو سمن**) تبع في التعبير بالمكيلة الشافعي[3] ، فقيل : أراد بها : الأوقية ، وحمل الأصحاب ذلك على التقريب ، وإليه أشار بقوله : (**وقرب**) فقالوا : لا يتقدر الأدم ، بل هو مفوّض إلىٰ فرض القاضي واجتهاده ، فينظر في جنس الأدم ويقدر منه باجتهاده ما يحتاج إليه المد من الحب ، فيفرضه على المعسر ، وضِعْفه على الموسر ، ويجعل المتوسط بينهما ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ويجب الأدم بقدر ما تحتاج إليه من إدام البلد**) والمراد : الأدم الغالب ؛ ولذلك قال « المنهاج » : (**ويجب أُدْمُ غالبِ البلد ؛ كزيتٍ وسمنٍ وجُبنٍ وتمرٍ ، ويختلف بالفصول ، ويُقدِّره قاض باجتهاده ، ويفاوت بين موسر وغيره**) ، قال في « أصل الروضة » : وقد تغلب الفواكه في أوقاتها . . فتجب ، قال : ويشبه أن يقال : لا يجب الأدم في اليوم الذي يعطيها اللحم ، ولم يتعرضوا له ، ويحتمل أن يقال : إذا أوجبنا على الموسر اللحم كل يوم . . يلزمه الأدم أيضاً ؛ ليكون أحدهما غداءً والآخر عشاءً على العادة[4] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٤٣٤) .

(٢) الروضة (٩/ ٥٣) .

(٣) انظر « الأم » (٥/ ٨٨) .

(٤) الروضة (٩/ ٤٢ ، ٤٣) .

قلت : وينبغي علىٰ هـٰذا أن يكون الأدم يوم إعطاء اللحم على النصف من عادته .

٤٤١٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**ورطل لحم للأسبوع**) ـ أي : على المعسر ـ ورطلين على الموسر أي : فالمتوسط بينهما عليه رطل ونصف ، تبع فيه تعبير الشافعي برطل في الأسبوع[١] ، وحملوه على المعسر ، وقال جمهور الأصحاب : إنما قال الشافعي ذلك علىٰ عادة أهل مصر ؛ لعزة اللحم عندهم يومئذ ، فأما حيث يكثر . . فيزداد علىٰ عادة تلك البقعة ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**علىٰ حسب عادة البلد**) زاد « المنهاج » [ص ٤٥٨] : (**يليق بيسارِه وإعسارِه**) .

٤٤٢٠ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**وتُبدِل إن تبرمت**) هو بضم التاء المثناة من فوق وكسر الدال ؛ أي : تبدل هي إن شاءت ، ولا يلزم الزوج الإبدال ؛ فلذلك ضبطته لئلا يُتوهم غير المراد ، ولو حذف « الحاوي » ذلك . . لكان أولىٰ ؛ فإنه مع إيهامه ليس فيه حكم شرعي ؛ فإن ذلك راجع لاختيارها .

٤٤٢١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٩] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » : (**فيجبُ قميصٌ وسراويلُ وخمارٌ ومُكَعَّبٌ**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ومقنعة ومداسُ للرِّجْل**) لأنه قد يتوهم أن المراد بالمقنعة : النقاب ؛ ولأن المداس لا يكون إلا للرجل ، وفي « نكت التنبيه » للنووي : قيل : إنه احترز به عن مداس الخف ؛ فإنه لا يجب لها مداس الخف ولا الخف ، ويجب ذلك في السنة مرتين ، وليس في عبارتهم هنا إفصاح به .

وقال في « المنهاج » في أواخر الفصل [ص ٤٦٠] : (**وتُعطى الكسوة أول شتاء وصيف**) .

وعبارة « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ويجب تسليم الكسوة في أول الفصل**) .

٤٤٢٢ـ قولهما : (**ويزيد في الشتاء جبة**)[٢] أي : محشوة ، ولم يذكره « الحاوي » ، وقال لي شيخنا الإمام البلقيني : نص الشافعي رضي الله عنه علىٰ أن الجبة إنما تجب بحسب الحاجة لا في كل فصل . انتهىٰ[٣] .

وأفهم كلامهما نفي الزائد عليها ، لكن لو لم تكف الجبة الواحدة ؛ لشدة البرد . . فقياس الباب الزيادة، قاله الرافعي بحثاً[٤]، وصرح به الخوارزمي نقلاً فقال : جبة أو جبتان علىٰ قدر شدة البرد، وفي « أصل الروضة » : وقد يقام الإزار مقام السراويل ، والفرو مقام الجبة إذا كانت العادة لبسهما، كذا قاله المتولي ، وعن «المنهاج» للحليمي : أن السراويل لا تجب في الصيف وإنما تجب في الشتاء[٥] .

---

(١) انظر « الأم » (٥/٨٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٩) .
(٣) انظر « الأم » (٥/٨٨) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/١٤) .
(٥) الروضة (٩/٤٧) .

وفي « الحاوي » للماوردي : أن نساء أهل القرىٰ إذا جرت عادتهن ألاَّ يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت . . لا يجب لأرجلهن شيء[1] .

قال لي شيخنا الإمام البلقيني : ولم أجد من صرح بوجوب الكوفيّة ، وهي واجبة .

٤٤٢٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٣] : (**بجبة حرير وكتان بالعادة**) قيده « المنهاج » تبعاً لـ« المحرر » باعتياده لمثله فقال : (**فإن جرت عادة البلد لِمثلِه بِكَتَّانٍ أو حرير . . وجب في الأصح**)[2] وقد يقال : لفظ العادة يغني عن هـٰذا القيد ؛ فإنه إذا لم يُعتد لمثله . . فلا عادة بالنسبة إليه .

قال الأصحاب : فلو اعتيد لبس الثياب الرقيقة التي لا تستر ولا تصح الصلاة فيها . . لم يعطها منه ، لكن من صفيقها الذي يقرب منها في الجودة .

٤٤٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ويجب لامرأة الموسر : ملحفة ، وكساء تتغطىٰ به ، ووسادة ، ومضربة محشوة بقطن لليل ، وزَلِّيَّة أو لِبْد تجلس عليه بالنهار ، ولامرأة المعسر كساء أو قطيفة**) يقتضي أنه لا يجب لامرأة المعسر آلة النوم والجلوس ، وهو ظاهر نص « المختصر »[3] ، لكن **الجمهور** علىٰ أنه يجب لها النازل من ذلك ، ولامرأة المتوسط ما بينهما ؛ ولهـٰذا أطلق « المنهاج » و« الحاوي » وجوب ذلك ، ولم يذكرا الملحفة ، وذكرا بدل الكساء : اللحاف ، وقيداه بالشتاء[4] .

وفي « أصل الروضة » : قال المتولي : على الموسر طنفسة في الشتاء ونطع في الصيف ، وعلى المتوسط زلية ، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء[5] .

قال الرافعي : ويشبه أن الطنفسة والنطع بعد بسط زلية أو حصير ؛ فإن الطنفسة والنطع لا يبسطان وحدهما[6] .

قال الماوردي : ولو لم يعتادوا في الصيف لنومهم وغطائهم غير لباسهم . . لم يلزمه شيء آخر[7] .

وفي « فتاوى ابن عجيل » من فقهاء اليمن : أنه يجب أن تكون الكسوة جديدة ، فلو أراد في أول

---

(١) الحاوي الكبير (١١/ ٤٣٠) .

(٢) المحرر (ص ٣٧٥) ، المنهاج (ص ٤٥٩) .

(٣) مختصر المزني (ص ٢٣١) .

(٤) الحاوي (ص ٥٤٣) ، المنهاج (ص ٤٥٩) .

(٥) الروضة (٩/ ٤٨) .

(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٥) .

(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٤٣٣) .

المدة أن يكسوها كسوة بالية تكفي لنصف المدة ويعطيها لبقية المدة كسوة أخرىٰ بالية . . لم يكن له ذلك ، وهو واضح .

واعترض شيخنا الإمام البلقيني علىٰ قول « المنهاج » [ص ٤٥٩] : (**ويجب ما تقعدُ عليه ، وكذا فراشٌ لنوم في الأصح**) وكذا في « الروضة » وأصلها ، فقال : هـٰذا عكس ما يوجد في التصانيف في الطريقين ؛ فالموجود فيها الجزم بوجوب فراش النوم ، والخلاف فيما تقعد عليه نهاراً[1] .

٤٤٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ويجب لها ما تحتاج إليه من الدهن للرأس**) مقتضاه : عدم وجوبه للجسد ، لكن صرح الماوردي بوجوبه له أيضاً[2] ، حكاه عنه في « الكفاية » ولذلك أطلق « المنهاج » و« الحاوي » إيجاب الدهن[3] .

قال الرافعي : وإذا كانوا يعتادون المطيب بالورد والبنفسج . . وجب[4] ، وعبر عنه في « الروضة » بالتطيب[5] وهو غير مستقيم .

٤٤٢٦ـ قولهم : (**والمشط**)[6] المراد به : الآلة المعروفة ، وذكر الماوردي أن المراد به : آلته من الأفاويهِ إذا كان ذلك عادة بلادهم[7] .

٤٤٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**ولا يجب عليه ثمن الطيب**) أي : الذي يقصد للزينة ، أما الذي يقصد لقطع الزهومة إذا لم ينقطع بالماء والتراب . . فيلزمه ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٥٩] : (**ومَرْتَكٌ ونحوه لدفع صُنَانٍ**)[8] ، وكذا في « الحاوي »[9] ، ومرادهما : إذا لم يندفع بالماء والتراب كما ذكرته ، ولو أعطاها طيب الزينة . . فعليها استعماله .

٤٤٢٨ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٣] : (**وأجرة الحمام لشدة البرد**) تبع فيه الغزالي[10] ، والأصح : وجوبها بدون ذلك ، إلا إذا كانت ممن لا يعتاد دخولها ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٥٩] : (**والأصح : وجوب أجرَةِ حمَّامٍ بحَسَبِ العادَةِ**) ثم يحتمل أن يكون اعتبار العادة بالنسبة إلى

---

(١) فتح العزيز (١٠/١٦) ، الروضة (٩/٤٨) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤٢٨) .
(٣) الحاوي (ص ٥٤٣) ، المنهاج (ص ٤٥٩) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/١٨) .
(٥) الروضة (٩/٥٠) .
(٦) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٧) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٣) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٩) .
(٧) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤٢٨) .
(٨) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤٢٩) .
(٩) الحاوي (ص ٥٤٣) .
(١٠) انظر « الوجيز » (٢/١١٥) .

الأصل ، وهو الذي تدل عليه عبارة « الروضة » وأصلها[١] ، ويحتمل أنه بالنسبة إلى القدر ، وقد قال الماوردي : إنما يجب في الشهر مَرَّةً ، حكاه عنه الرافعي ، وأقره[٢] .

٤٤٢٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٥٩] : **(وثمن ماء غُسْلِ جِمَاعٍ وَنِفَاسٍ)** معطوف علىٰ ما عبر فيه بالأصح ، والمراد : جماع منه ، كما صرح به القفال ، وعليه يدل كلامهم .

٤٤٣٠ـ قوله : **(لا حيضٍ واحتلامٍ في الأصحِّ)**[٣] تبع « المحرر » في إجراء الخلاف فيهما[٤] ، لكنه في « شرحيه » إنما حكى الخلاف في الحيض ، وجزم في الاحتلام بعدم الوجوب[٥] .

وقال في « الروضة » : إنه لا يلزم قطعاً[٦] ، قال الرافعي : وينظر علىٰ هـٰذا القياس في ماء الوضوء إلىٰ كون السبب منه ؛ كاللمس أم لا ؟[٧]

قال لي شيخنا الإمام البلقيني : ولم يتعرضوا لماء الشرب ، وهو واجب .

٤٤٣١ـ قوله : **(ولها آلاتُ أكلٍ وشُربٍ وطبخٍ ؛ كَقِدْرٍ وقَصْعَةٍ وكُوزٍ وجَرَّةٍ ونحوِها)**[٨] قيدها « الحاوي » بكونها من خزف وحجر[٩] ، ومقتضاه : أنه لا يجب كونها من نحاس ، وفيه احتمالان للإمام :

أحدهما : المنع ، وأنه من رعونات الأنفس .

والثاني : أنه يجب للشريفة للعادة[١٠] .

٤٤٣٢ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : **(وإن كانت المرأة ممن تخدم . . وجب لها خادم واحد)**[١١] فيه أمور :

أحدها : المراد : أن تكون ممن تخدم في بيت أبيها ، فلو كانت ممن لا تخدم فيه ثم صارت عنده ممن تخدم . . لم يلزمه إخدامها كما صرح به الشيخ أبو حامد ، وجزم به في « الشرح الصغير » .

---

(١) فتح العزيز (١٠/١٩) ، الروضة (٩/٥١) .
(٢) فتح العزيز (١٠/١٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٥٩) .
(٤) المحرر (ص ٣٧٦) .
(٥) فتح العزيز (١٠/١٩) .
(٦) الروضة (٩/٥١) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٠/١٩) .
(٨) انظر « المنهاج » (ص ٤٥٩) .
(٩) الحاوي (ص ٥٤٣) .
(١٠) انظر « نهاية المطلب » (١٥/٤٤٤) .
(١١) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٧) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٢) ، و« المنهاج » (ص ٤٥٩) .

ثانيها : قيد الماوردي الوجوب بسكان الأمصار دون البوادي ؛ فإنهن يعتدن خدمة أنفسهن ، وفيه نظر ؛ فكثير من أهل البدو يعتدن الخدم ، ثم إن كانت تلك ممن لا تخدم . . فلا إخدام كما تقدم ، فلا فرق في ذلك بين الحضرية والبدوية .

ثالثها : أطلق « المنهاج » و« الحاوي » إخدامها ، وقيده « التنبيه » بخادم واحد كما تقدم ، وهو كذلك ، فله أن يمنع الزائدة من الدخول إليها ولو أعطت هي أجرتها .

رابعها : محل ذلك : أن تكون حرة كما قيده « الحاوي » ، فالأمة لا يجب إخدامها ولو كانت جميلة ، صرح به بعضهم ، وقال بعضهم : لا يحتاج للتنبيه علىٰ ذلك ؛ فإن الأمة لا تخدم في العادة ، وفيه نظر ؛ فبعض الإماء يُخدمن لجمالهن وترفههن .

خامسها : اشتراط أن تكون ممن تُخدم محله : في وقت الرفاهية ، فلو احتاجت للخدمة لمرض أو زمانة . . وجب إخدامها كما صرح به « المنهاج »[1] ، وحينئذ . . فلا يتقيد بواحدة ، بل هو بحسب الحاجة .

سادسها : قيده الماوردي أيضاً بما إذا لم يتبرع أحد ، فإن وجد . . فلا[2] ، وفيه نظر إذا لم ترض هي بذلك ؛ لما فيه من المنّة عليها ، ذكره في « المطلب » .

سابعها : قول « التنبيه » : (**خادم**) يتناول الذكر والأنثىٰ ، وظاهر تعبير « المنهاج » و« الحاوي » اختصاص ذلك بالأنثىٰ ، وفي « أصل الروضة » : يشترط كون الخادم امرأة أو صبياً أو محرماً لها ، وفي مملوكها والشيخ الهم اختلاف ، وفي الذمية وجهان ؛ لأن النفس تعاف استخدامها . انتهىٰ[3] .

ويستثنىٰ من الصبي : المراهق ؛ فله حكم البالغ في **الأصح** ، وفي معنىٰ هؤلاء : الممسوح ـ وهو مقطوع الذكر والانثيين معاً ـ بناء علىٰ حلّ نظره وهو **الأصح** ، **والراجح** في مملوكها : الجواز ، بخلاف الشيخ الهم والذمية ، وتعليل منع الذمية بالعيافة لا يناسب عدم الجواز ، إنما يصلح لعدم إجبارها عليها ، وذاك خلاف آخر ليس في كلام الرافعي ، حكاه في « البيان »[4] ، ذكر ذلك كله في « المهمات » .

وقال الماوردي : إن كانت الخدمة متعلقة بخارج الدار دون داخله . . اكتفي بالذمية ، ذكره احتمالاً ؛ فهو وجه ثالث ، وهو حسن[5] .

---

(١) المنهاج (ص ٤٥٩) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٤٢٠) .
(٣) الروضة (٩/ ٤٤) .
(٤) البيان (١١/ ٢١١ ، ٢١٢) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٤١٩) .

واعلم : أن أبا الفرج الزاز ذكر أن المراد بإخدامها : الطبخ والغسل ونحوهما ، دون حمل الماء للشرب والمستحم ؛ لأن الترفع عن ذلك رعونة لا عبرة بها .

وقال البغوي : المراد به : حمل الماء إلى المستحم وصبه على يدها ، وغسل خرق الحيض ونحوها ، أما الطبخ والكنس والغسل . . فعلى الزوج فعله بنفسه أو غيره[1] .

قال الرافعي : والاعتماد على ما ذكره البغوي[2] ، وقال النووي : الذي أثبته الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو فيما يختص بالمخدومة ، والذي نفاه البغوي هو فيما يختص بالزوج ؛ كغسل ثيابه والطبخ لأكله ونحوه ، والطرفان متفق عليهما ، ولا خلاف بين الجميع في ذلك[3] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : هذا التوفيق عجيب ؛ فإن الذي نفاه البغوي ليس فيما يختص بالزوج كغسل ثيابه والطبخ لأكله ؛ فإن ذلك لا يقال فيه : إنه على الزوج ، والبغوي قال : إنه على الزوج ، وما للإنسان لا يقال : إنه عليه .

٤٤٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**وتجب عليه نفقة الخادم وفطرته وكسوته**) محله : ما إذا لم تكن مملوكة له . . فنفقتها عليه بالملك لا بكونها خادم الزوجة ، ولا مستأجرة . . فلا نفقة لها ، إنما لها أجرتها ، وقد أوضح ذلك « المنهاج »[4] ، وأشار إليه « الحاوي »[5] ، لكن قوله : (**وإنفاق أمتها**)[6] لا معنى لتخصيصه ؛ فالإنفاق على الحرة التي صحبتها للخدمة كذلك .

قال الرافعي : موضع نفقة الخادم : إذا أخدمها [بخادمها][7] المملوكة لها أو الحرة ، فإن كانت مملوكة لها . . فتملك الزوجة نفقة مملوكتها كما تملك نفقة نفسها ، وإن كانت حرة . . فيجوز أن يقال : تملك نفقتها كما تملك الزوجة نفقة نفسها ، ويجوز أن يقال : تملكها الزوجة لتدفعها إلى الخادمة ، وعلى هذا : فلها التصرف في المأخوذ وتكفي مؤنة الخادمة[8] .

٤٤٣٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**ومَنٌّ على الموسر**) أراد به : المد والثلث الذي صرح به « التنبيه » و« المنهاج »[9] ، لكنه خلاف مدلول المنّ ؛ فإنه رطلان عند أهل اللغة .

---

(١) انظر « التهذيب » (٦/ ٣٣٢) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٢) .
(٣) انظر « الروضة » (٩/ ٤٥ ، ٤٦) .
(٤) المنهاج (ص ٤٥٩) .
(٥) الحاوي (ص ٥٤٢) .
(٦) الحاوي (ص ٥٤٢) .
(٧) كذا في جميع النسخ ، وفي « فتح العزيز » : (بخادمتها) .
(٨) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢١) .
(٩) التنبيه (ص ٢٠٨) ، المنهاج (ص ٤٥٩) .

٤٤٣٥ـ قوله : (**ولها كسوةٌ تليقُ بحالها**)[(١)] فصله « التنبيه » فقال [ص ٢٠٨] : (**ويجب لخادم امرأة الموسر من الكسوة : قميص ومقنعة وخف ، ولا يجب لها سراويل ، ويجب لها كساء غليظ أو قطيفة أو وسادة ، ولخادم امرأة المعسر عباءة أو فروة**) وصرح « الحاوي » بالخف ؛ لأنها تختص بإيجابه ؛ لاحتياجها للخروج بخلاف الزوجة .

وظاهر « التنبيه » أنه لا يجب لخادم امرأة المعسر القميص والمقنعة والخف ، والذي في « الروضة » وأصلها إطلاق ذلك من غير فرق[(٢)] .

وقال في « الكفاية » : سكت « التنبيه » تبعاً للأصحاب عن خادم امرأة المتوسط ، ويحتمل أن تلحق بخادم امرأة المعسر في القدر كما في النفقة ، ويحتمل أن يزاد . انتهىٰ .

وإنما يجب لها الخف إذا كانت تخرج إلى الطريق ، ويجب لها حينئذ ما تلتحف به ، ويجب لها أيضاً في الشتاء جبة أو فروة بحسب العادة .

٤٤٣٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**ويجب عليه أدمه من دون جنس أدم المرأة على المنصوص وقيل : يلزمه من جنس أدمها**) ، **الأصح** : أنه من جنس أدمها ، لكن دون نوعه ، وقال بعضهم : مراده بالجنس : النوع ؛ فإنه لا خلاف في الجنس ، وفي استحقاقها اللحم وجهان ، قال الرافعي : وربما بُنيا على الوجهين في التسوية في الأدم ، فإن قلنا : إن إدامها مثل إدام المخدومة . . فلها اللحم ، وإلا . . فلا . انتهىٰ[(٣)] .

ومقتضاه : أن **الأصح** : عدم وجوبه لها .

٤٤٣٧ـ قوله : (**ولا يجب للخادم الدهن والسدر والمشط**)[(٤)] قال في « المنهاج » [ص ٤٥٩] : (**فإن كثر وسخٌ وتأذَّت بقملٍ . . وجب أن تُرَفَّه**) كذا استدركه القفال ، واستحسنوه ، وأطلق صاحب « العدة » في الدهن والمشط وجهين ، وقال الفوراني : ليس لها المشط وإن تأذت بالهوام ، وذلك يرد علىٰ تعبير شيخنا الإسنوي في « تصحيحه » عن وجوبه لها في هـٰذه الحالة **بالصواب**[(٥)] .

٤٤٣٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧ ، ٢٠٨] : (**لو قال الزوج : « أنا أخدمها بنفسي » . . لم يلزمها الرضا به**) ، قال القفال وغيره : له ذلك فيما لا يُستحيىٰ منه ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٤٣] : (**وله خدمة لم تستحي منه**) **والأصح** : المنع مطلقاً ، وفرع القفال على التفصيل : أنه لو تولىٰ بنفسه ما لا يُستحيىٰ منه فقد تولىٰ بعض عمل الخادم . . فهل تستحق تمام النفقة أم لا ؟

---

(١) انظر « المنهاج » (ص ٤٥٩) .
(٢) فتح العزيز (١٠/١٧) ، الروضة (٩/٤٩) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/١١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٨) .
(٥) تذكرة النبيه (٣/٣٨٣) .

وجهان ، وعلى الثاني : قال الرافعي : يحتمل التشطير والتوزيع على الأفعال[1] ، وأقامها في « الروضة » أوجهاً[2] .

٤٤٣٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٣] : (**وله منعها من دخول أبويها**) قال شيخنا الإمام البلقيني : **الأقرب** : اختصاصه بحال قيام الزوجية دون المطلقة ولو رجعياً ؛ لفقد الاستمتاع ولاختصاص المسكن بها ، قال : ولم أقف فيه علىٰ نقل .

٤٤٤٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**وما دام نفعُهُ ؛ ككسوةٍ وظُرُوفِ طعامٍ ومُشطٍ تمليك ، وقيل : إمتَاعٌ**) تبع فيه « المحرر » فإنه قال بعد ترجيح التمليك في الكسوة : (وفي معناه : الفرش وظروف الطعام)[3] ، وهي طريقة البغوي[4] ، وألحق الغزالي الفرش والظروف بالمسكن ، وأخرجها عن حيز الخلاف[5] ، وتبعه « الحاوي »[6] .

٤٤٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**وتُعطى الكسوة أول شتاء وصيفٍ**) محله : فيما لا يبقىٰ سنة فأكثر ، أما ما يبقىٰ سنة فأكثر ؛ كالفرش والبسط والمشط . . فيُجدد في وقته ، وكذا جبة الإبريسم لا تجدد كل شتوة ، وعليه تطريتها على العادة ، وكذا يرد ذلك علىٰ قول « التنبيه » [ص ٢٠٧] : (**وإن بقيت بعد المدة . . لزمه التجديد**) .

٤٤٤٢ـ قوله : (**فإن أعطاها كسوة مدة وتلفت قبلها . . لم يلزمه إبدالها**)[7] لا فرق في ذلك بين أن يكون تلفها بتقصير منها أم لا .

وأما قول « المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**فإن تلِفَت فيه بلا تَقْصِيرٍ . . لم تُبْدَل**) فإنه ليس للاحتراز عما إذا كان بتقصير منها ؛ فإن ذلك أولىٰ بعدم الإبدال .

نعم ؛ لو بليت لسخافتها . . وجب إبدالها كما في « الكفاية » ولعل ذلك مراد « المنهاج » بقوله : (**بلا تقصير**) أي : منه .

٤٤٤٣ـ قولهما ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**فإن أعطاها الكسوة ثم ماتت قبل انقضاء الفصل . . لم يرجع**)[8] وهو مفهوم من قول « الحاوي » [ص ٥٤٣] : (**وبالموت للمستقبل**) أي : يسترد

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٢) .
(٢) الروضة (٩/ ٤٥) .
(٣) المحرر (ص ٣٧٧) .
(٤) انظر « التهذيب » (٦/ ٣٣٥) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ١١٥) .
(٦) الحاوي (ص ٥٤٣) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٧) .
(٨) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٠) .

بالموت نفقة اليوم المستقبل وكسوة الفصل المستقبل ؛ فإنه يدل علىٰ أنه لا يسترد بالموت نفقة اليوم والفصل القائمين ، وحكم موته هو وبينونتها منه بطلاق وغيره كذلك ، ولا يختص ذلك بالزوجة ، بل المطلقة البائن الحامل إذا دفع لها كسوة فصل ثم وضعت الولد بعد شهر ونحوه . . لم يسترجع منها ما دفعه إليها **على الأصح** كما صرح به النووي في « فتاويه »[1] .

لكن لو حصل الموت أو البينونة في أثناء الفصل قبل القبض . . فهل يستحق الكل أو القسط ؟ حكي عن « الإيضاح » للصيمري : القسط ، وحكاه البالسي في « شرح التنبيه » عن بعض المتأخرين بحثاً ، ورده ، وحكي عن « فتاوى الغزالي » ما يقتضي الكل .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : إنه القياس ، قال : ولا يُهوَّل عليه بأن يحصل ذلك بعد مضي لحظة من الفصل ؛ لأن ذلك جُعل وقتاً للإيجاب ، فلا فرق بين أن يمضي بعده كثير من الزمان أو قليل أو لم يمض شيء ، قال : والقول بالتقسيط وإن كان يظهر في بادىء الرأي إلا أنه يلزم عليه الفرق بينه وبين النفقة والفرق بينه وبين ما إذا دفع ثم حصل فراق ، وأيضاً : فالتقسيط في النفقة لم يعهد إلا علىٰ وجه في الأمة والحرة لو سلمت نفسها ليلاً لا نهاراً ، وأما تقسيط الكسوة : فليس بمنقول ، فيرجح بمقتضىٰ ذلك إيجاب الكل ، قال : وعليه لو نشزت في أثناء الفصل . . استرد ، وعلى التقسيط . . [يسقط][2] من يوم النشوز لا قبله ، وإطلاق « الحاوي » يقتضي سقوط الكل في النفقة والكسوة ؛ فيدل لإيجاب الكل في مسألة الموت والطلاق . انتهىٰ .

وأشار بذلك إلىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٤٣] : (وبالنشوز يسترد) وظاهره استرداد الجميع .

فَصْلٌ

[فيما يوجب النفقة ويسقطها]

٤٤٤٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤١] : (**يجب للممكنة**) و« المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**الجديد : أنها تجب بالتمكين لا العقد**) قيده « التنبيه » بالتمكين التام[3] ، واحترز به عما ذكره بعده ، وهو ما إذا سلم الأمة ليلاً لا نهاراً . . فلا يلزمه نفقه **في الأصح** ، وقد يقال : لا يحتاج لهـٰذا القيد ؛ لأن ذاك لا يسمىٰ تمكيناً ، وهل يحتاج لذلك عند العقد على البائن الحامل أم يستمر الوجوب استصحاباً لما تقدم ؟ فيه نظر ، ومقابل **الجديد** : وجوبها بالعقد ، **وهو القديم** ، وقال البويطي في

---

(١) فتاوى النووي (ص ١٥٣ ، ١٥٤) مسألة (٢٦٤) .

(٢) في (ب) : (يقسط) ، وفي (ج) : (قسط) ، والمثبت من (أ) ، (د) .

(٣) التنبيه (ص ٢٠٨) .

« مختصره » : آخر قولي الشافعي : لها النفقة من يوم عقد النكاح ، وهو أحب القولين إليَّ ؛ لأنها ممنوعة من الرجال بسببه .

قال شيخنا الإمام البلقيني بعد حكايته : فصار هـٰذا القول جديداً مختاراً .

قال الإمام : التمكين : أن تقول المستقلة أو أهل المحجور عليها : متىٰ أديت الصداق.. دفعناها لك[1] ، وحكي نحوه عن الشافعي رضي الله عنه .

وهل له إسكانها ؟ قال ابن الصلاح : الذي يظهر أن له ذلك ، وجواز امتناعها من تسليم نفسها والحالة هـٰذه لا يسقط عنها ما للزوج من حق حبس المسكن ، وفي إيجاب نفقتها ما يوضحه .

٤٤٤٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] و« الحاوي » [ص ٥٤١] : **(ولو رتقاء)** كذا القرناء ، وألحق بهما البغوي المفضاة[2] .

٤٤٤٦ـ قولهما أيضاً : **(ومريضة)**[3] أي : لم يكن المرض بسببها ، فلو تسببت في المرض ثم استمر.. ففيه تردد للإمام[4] .

٤٤٤٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : **(ولا تجب النفقة إلا يوماً بيوم)** و« الحاوي » [ص ٥٤٢] : **(صبيحة كل يوم)** استثني منه : ما إذا أراد سفراً طويلاً.. ففي « فتاوى البغوي » : أن لها مطالبته بنفقتها لمدة ذهابه ورجوعه ؛ كما لا يخرج إلى الحج حتىٰ يترك لها هـٰذا القدر[5] ، وهـٰذا غريب ؛ فإن الأصح : جواز سفر من عليه دين مؤجل يُعلم أنه يحل قبل رجوعه وإن لم يستأذن غريمه ولم يترك وفاء ، لكن تقدم التصريح بمسألة الحج عن الدارمي في « الاستذكار » .

٤٤٤٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : **(وقال في القديم : تجب بالعقد ، إلا أنه لا يجب التسليم إلا بالتمكين يوماً بيوم)** يقتضي أنه ليس لها المطالبة بالنفقة مع السكوت عن التمكين ، وهو الذي حكاه في « النهاية » عن العراقيين ، وضعفه[6] ، وقال المراوزة : إنما يشترط عدم النشوز ، فلها المطالبة حال السكوت ، وجمع الرافعي والنووي بين هـٰذين الأمرين المتنافيين ، فقالا : القديم : يجب بالعقد ولا يتوقف على التمكين ، لكن لو نشزت.. سقطت ، فالعقد موجب والنشوز مسقط ، وإذا حصل التمكين.. استقر الواجب يوماً فيوماً . انتهىٰ[7] .

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٤٥٠) .

(٢) انظر « التهذيب » (٦/ ٣٤٢) ، وفيه : (مضناة لا تحتمل الجماع) .

(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٨) ، و« الحاوي » (ص ٥٤١) .

(٤) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٤٨٣) .

(٥) في حاشية (ج) : (قال الإسنوي في « الألغاز » : وقياس الأقارب كذلك) .

(٦) نهاية المطلب (١٥/ ٤٤٨) .

(٧) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٢٦) ، و« الروضة » (٩/ ٥٧) .

٤٤٤٩ـ قوله : (**فلو ضمن عنه نفقة مدة معلومة . . جاز**)[١] أي : على القديم ، وهو : وجوبها بالعقد ، لكن لا يضمن إلا نفقة المعسرين على الأصح وإن كان موسراً ؛ لأنها المتيقن .

٤٤٥٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**وإن عرضت . . وجبت من بلوغ الخبر**) قال شيخنا الإمام البلقيني : لا بد مع ذلك من مضي زمن إمكان المجيء إلى المنزل الذي هي فيه ؛ فقد يكون في أقصى البلد وهي في الطرف الآخر ، قال : وإنما تجب إذا كان ذلك عند طلوع الفجر مثلاً أو عقبه ، فلو كان ليلاً . . فلا وجوب إلىٰ طلوع الفجر .

وقال في « المهمات » : لو حصل العقد والتمكين وقت الغروب . . فالقياس : الوجوب بالغروب ؛ لأن النفقة في مقابلة اليوم والليلة .

٤٤٥١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**وإن كان الزوج غائباً وعرضت نفسها عليه ومضىٰ زمان لو أراد المسير لكان قد وصل . . وجبت النفقة من حينئذ**) يقتضي الاستغناء عن الرفع إلى الحاكم ، لكن في « المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**فإن غاب . . كتب الحاكم لحاكم بلده ليعلمه فيجيء أو يوكل ، فإن لم يفعل ومضىٰ زمن وصوله . . فَرَضَهَا القاضي**) وذكر « الحاوي » مثل ذلك فيما إذا عادت إلى الطاعة في غيبته بعد نشوزها بحضوره[٢] ، وكتابة الحاكم متوقفة علىٰ رفعها الأمر إليه وإظهارها تسليم نفسها .

قال المتولي : فإن لم يُعرف موضعه . . كتب إلىٰ حكام البلاد التي تردها القوافل من بلده في العادة ليُعرَّف ، فإن لم يظهر . . فرض نفقتها في ماله الحاضر ويأخذ منها كفيلاً ؛ لاحتمال موته أو طلاقه .

٤٤٥٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**وتجب النفقة إذا سلمت نفسها إلى الزوج أو عرضت نفسها عليه**) قال في « المنهاج » [ص ٤٦٠] : (**المعتبر في مجنونةٍ ومراهقةٍ عرض وليٍّ**) ويستثنىٰ منه : ما إذا عرضت المراهقة نفسها فتسلمها . . فإنه تجب نفقتها ، فإن لم يتسلمها . . فلا ، وكذا لو سلمت البالغة نفسها للزوج المراهق فتسلمها بغير إذن الولي .

٤٤٥٣ـ قولهما : (**وتسقط بنشوز**)[٣] يتناول ما لو نشزت بعض النهار ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٤٦٠] : (**ولو بعض يوم**) ، وهو الذي حكاه الرافعي عن ترجيح بعضهم ، وقال : هو أوفق لما سبق في مسألة الأمة[٤] ، وصحح النووي في آخر النكاح من زيادته : القطع به[٥] ، وعليه يدل قول

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٨) .
(٢) الحاوي (ص ٥٤١) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٨) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٠) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٣٠) .
(٥) انظر « الروضة » (٧/ ٢١٩) .

« المنهاج » بعده [ص ٤٦٠] : (**ولو بمنع لمس بلا عذر**) فإن محاولة اللمس لا تكون في جميع النهار ، ويوافقه قول « الحاوي » أيضاً [ص ٥٤٣] : (**وبالنشوز يسترد**) فإن ظاهره استرداد الجميع .

وقال السرخسي : يجب لها بقسط زمن الطاعة .

٤٤٥٤ـ قول « الحاوي » في مسقط النفقة [ص ٥٤١] : (**أو منعت الوطء أو الاستمتاع**) كان ينبغي أن يقول : (بلا عذر) كما فعل « المنهاج » ، ثم قال : (**وعبالة زوج أو مرض يضر معه الوطء عذر**)[١] ومراده : في الامتناع من الوطء ، وأما في الزفاف : فالثاني عذر دون الأول ؛ لأن المرض يُرجىٰ زواله .

٤٤٥٥ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤١] : (**أو خرجت بلا إذن**) قال في « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**إلا أن يُشْرِفَ على انهدامٍ**) وكذا لو كان لغير الزوج فأخرجها منه صاحبه ، أو خرجت في غيبة الزوج إلىٰ بيت أبيها لزيارة أو عيادة لا علىٰ وجه النشوز كما ذكره « المنهاج » بعد ذلك[٢] ، وجزم به في « المحرر » و« الشرح الصغير » ، وحكاه في « الروضة » وأصلها عن البغوي[٣] .

٤٤٥٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**أو سافرت بغير إذنه**) يستثنىٰ منه : ما إذا كانت معه كما ذكره الرافعي في (قسم الصدقات) حين ذكر أنها إذا سافرت مع الزوج . . لا تعطىٰ من سهم ابن السبيل ؛ فإنه علله : بأنها إن سافرت بإذنه مكفيّة بنفقته أو بغير إذنه . . فالنفقة عليه ؛ لأنها معه ، ولا تعطىٰ مؤنة السفر ؛ لأنها عاصية بالخروج ، لكنه أشار إلى التوقف فيه بقوله : هٰكذا ذكروه ، وتبعه في « الروضة » ، ولم يذكر هٰذه الإشارة[٤] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : والتحقيق فيه أنه إن منعها من الخروج فخرجت ولم يقدر علىٰ ردها . . سقطت نفقتها ، وإلا . . فلا ، وهٰذا يرد أيضاً علىٰ مفهوم قول « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**وسفرها بإذنه معه أو لحاجته . . لا يُسْقِط**) فإنه اعتبر فيما إذا كان معه أن يكون بإذنه وعلىٰ قول « الحاوي » [ص ٥٤١] : (**أو خرجت بلا إذن**) فإنه يتناول خروجها للسفر .

٤٤٥٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**وإن سافرت بإذنه . . ففيه قولان**) **الأظهر** : أنه لا نفقة ، ومحل الخلاف : إذا كان ذلك لحاجتها وليست معه ، فإن كان لحاجته . . وجبت النفقة قطعاً ، وإن كان لحاجتها لكنها معه . . **فالجمهور** على القطع بالوجوب ، وكلام « التنبيه » يقتضي طرد الخلاف فيه ، وبه قال ابن الوكيل ، وعلى الأول مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٦١] : (**وسفرها بإذنه معه أو**

---

(١) المنهاج (ص ٤٦٠) .
(٢) المنهاج (ص ٤٦١) .
(٣) المحرر (ص ٣٧٧) ، فتح العزيز (١٠/ ٣٢) ، الروضة (٩/ ٦١) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ٣٤٦) .
(٤) فتح العزيز (٧/ ٣٨٠) ، الروضة (٢/ ٣١٠) .

لحاجته.. لا يُسْقِط ، ولحاجتها.. يُسْقِط في الأظهر) ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٤١] : **(ولغرضها دونه)** أي : دون الزوج ، فلو سافرت بإذنه لحاجتهما معاً[١].. فمقتضى المرجح في (الأيمان) فيما إذا قال لزوجته : (إن خرجت لغير الحمام.. فأنت طالق) فخرجت لها ولغيرها.. أنها لا تطلق : عدم السقوط هنا ، لكن نص « الأم » و« المختصر » يقتضي السقوط ؛ حيث قال : وإذا سافرت الحرة بإذنه أو بغير إذنه.. فلا قسم لها ولا نفقة ، إلا أن يكون هو الذي أشخصها.. فلا يسقط عنه نفقتها ولا قسمها[٢] .

وعندي : أن أخذ المسألة من نظيرها المشارك لها في المدرك أولىٰ من التمسك بظاهر لفظ النص في قوله : هو الذي أشخصها ؛ لإمكان تأويله ، والله أعلم .

٤٤٥٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : **(وإن ارتدت.. سقطت نفقتها ، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة.. فقيل : لا تستحق ، وقيل : علىٰ قولين) الأصح** : الطريقة الأولىٰ ، وقد جزم بها الرافعي في نكاح المشركات ، ونفى الثانية[٣] ، ورد عليه في « الروضة » : بأن صاحب « المهذب » وغيره ذكروها[٤] .

ثم الطريقان في نفقة مدة الردة ، أما بعد عودها إلى الإسلام وهو غائب.. فقال الرافعي : فيه خلاف[٥] ، وهو طريقان كما بينه في « الشرح الصغير » ، والظاهر فيه : نعم ، وإن لم يرفع الأمر إلىٰ حاكم ، وهـٰذا بخلاف ما لو نشزت فغاب فأطاعت.. فإنها لا تجب في **الأصح** إلا بالرفع إلى الحاكم ، وبلوغ الخبر كالابتداء ، ذكره « الحاوي » فيهما[٦] ، والفرق : أن سقوطها بالردة وقد زالت وفي النشوز بالخروج عن اليد ، فلا بد من عودها .

٤٤٥٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : **(وإن كانت صغيرة.. ففيه قولان ، أصحهما : أنها لا تجب)** موافق لتعبير « المنهاج » **بالأظهر**[٧] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٨] ، لكن حكاهما في « المحرر » وجهين[٩] ، ومحل الخلاف : فيما إذا كانت لا توطأ ، فأما إذا أمكن وطؤها وسلّمت

---

(١) في حاشية (ج) : (قال الإمام البلقيني : لم أر فيها نقلاً ، والذي يظهر تخريجها علىٰ مسألة الأيمان التي ذكرها المنكت ، ثم قال : ورأيت نص الشافعي بخلاف ما أثبته أولاً) .
(٢) الأم (٥/١٩١) ، مختصر المزني (ص ١٨٥) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (٨/١٢٨) .
(٤) الروضة (٧/١٧٣) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/٣٢) .
(٦) الحاوي (ص ٥٤١) .
(٧) المنهاج (ص ٤٦١) .
(٨) فتح العزيز (١٠/٣٣) ، الروضة (٩/٦١) .
(٩) المحرر (ص ٣٧٨) .

إليه بشرطه . . استحقت ، وذلك يرد أيضاً علىٰ إطلاق قول « الحاوي » [ص ٥٤١] : (لا صغيرة) .

٤٤٦٠ـ قول « التنبيه » في مسقط النفقة [ص ٢٠٨] : (**أو أحرمت**) أي : بغير إذنه وسافرت ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**وإحرامها بحج أو عمرة بلا إذن نشوز إن لم يملك تحليلها ، وإن ملك . . فلا حتىٰ تخرج فمسافرة لحاجتها**) وهو يملك تحليلها في النفل قطعاً وفي الفرض على **الأظهر** ، وقد عرف حكم سفرها لحاجتها ، وقد ظهر بذلك أن المسقط للنفقة السفر لا الإحرام ؛ ولذلك لم يذكره « الحاوي » في مسقط النفقة .

٤٤٦١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**أو بإذنٍ . . ففي الأصح : لها نفقةٌ ما لم تخرج**) يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « الروضة » وأصلها[(١)] ، لكنه في « المحرر » جعلهما قولين[(٢)] .

ويستثنىٰ من قوله : (**ما لم تخرج**) ما إذا كانت معه ؛ فإن نفقتها مستمرة كما تقدم فيما إذا كان لحاجتها بإذنه ؛ لتقدم إذنه في الإحرام المقتضي للخروج ، بل لا أثر بعد ذلك للنهي عنه ، وقال القفال : لا نفقة مع النهي عنه قطعاً .

٤٤٦٢ـ قول « التنبيه » في مسقط النفقة [ص ٢٠٨] : (**أو صامت تطوعاً**) محله : فيما إذا امتنعت من الإفطار بعد أمرها به ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٤١ ، ٥٤٢] : (**أو صامت بمنعه**) أي : مع منعه و« المنهاج » [ص ٤٦١] : (**ويمنعها صوم نفل ، فإن أبت . . فناشزةٌ في الأظهر**) وتبع « المحرر » في أن الخلاف قولان[(٣)] ، لكن عبر في « الروضة » **بالأصح** تبعاً لحكاية الرافعي في « الشرحين » له وجهين[(٤)] .

وفيه وجه ثالث : إن دعاها للأكل فأبت . . لم تسقط ، أو للجماع فأبت . . سقطت ، وخص الماوردي السقوط بأمرها به في صدر النهار دون آخره[(٥)] ، واستحسنه الروياني .

ويستثنىٰ من صوم النفل : الراتب ؛ كعرفة وعاشوراء كما استثناه « الحاوي »[(٦)] ، لا صوم الاثنين والخميس ، وفي زيادة « الروضة » في أواخر الصوم : أنه لا يجوز لها الصوم إلا بإذنه[(٧)] ، وفي « شرح المهذب » : مقتضى المذهب فيما لو صامت : الجزم بعدم الثواب وإن كان صحيحاً كما في الصلاة في الدار المغصوبة[(٨)] .

---

(١) فتح العزيز (١٠/٣٤) ، الروضة (٩/٦١) .
(٢) المحرر (ص ٣٧٨) .
(٣) المحرر (ص ٣٧٨) .
(٤) فتح العزيز (١٠/٣٦) ، الروضة (٩/٦٢) .
(٥) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤٤٣) .
(٦) الحاوي (ص ٥٤١) .
(٧) الروضة (٢/٣٨٨) .
(٨) المجموع (٦/٤١٩) .

٤٤٦٣ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**والأصح : أن قضاءً لا يتضيق كنفل فيمنعها**) كان ينبغي التعبير بالمذهب ؛ ففي « الروضة » : قطع به الأكثرون ، وقيل : وجهان[1] .

٤٤٦٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٢] : (**أو نذراً بعد النكاح**) أي : متعلقاً بوقت معين ، فأما إذا لم يتعلق بوقت معين . . فيسقط فعله النفقة ولو نذرته قبل النكاح ؛ ولذلك قال « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**أو عن نذر في الذمة أو نذر يتعلق بزمان بعينه نذرته بعد النكاح**) ولا يخفىٰ أن محل ذلك : ما إذا لم يكن النذر بإذنه ، وينبغي أن يستثنىٰ : ما إذا نذرت صوماً متتابعاً بغير إذنه وشرعت فيه بإذنه . . فلا يكون له منعها من باقيه كما ذكروه في نظيره من (الاعتكاف) ، وحيث سقطت النفقة بالصوم . . فهل يسقط الكل أو النصف ؟ وجهان ، صحح النووي : الأول[2] .

٤٤٦٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**وأنه لا منع من سننٍ راتبةٍ**) أي : بلا تطويل .

٤٤٦٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨] : (**وإن طلقها طلقة رجعية . . وجب لها النفقة والسكنىٰ**) لا معنىٰ لتقييده بطلقة ، فلو طلقها طلقتين . . كان كذلك إذا كان الطلاق رجعياً ، ولا يتقيد ذلك بالنفقة والسكنىٰ ؛ فيجب لها جميع ما يجب للزوجة إلا مؤن [التنظيف][3] ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٦١] : (**وتجب لرجعية المؤن إلا مؤنة تنظيف**) ، وهـٰذا وارد على « الحاوي » أيضاً ؛ لإطلاقه وجوب المؤن ، ومنها مؤنة التنظّف إلى البينونة .

٤٤٦٧ـ قول « التنبيه » في المطلقة البائن [ص ٢٠٨] : (**وإن كانت حاملاً . . وجبت ، ولمن تجب ؟ فيه قولان ، أحدهما : لها ، والثاني : للحمل**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج »[4] ، ويوافقه قول « الحاوي » [ص ٥٤١] : (**وإن مات**) فإن استمرار وجوب النفقة للحامل بعد وفاة مطلقها مبني علىٰ أن النفقة لها ، وهو مع ذلك أحد وجهين .

قال الغزالي : إنه أقيسهما[5] ، وهو المنقول عن الشيخ أبي عليّ ، وصحح الإمام مقابله ، وهو المنقول عن ابن الحداد ؛ لأنها كالحاضنة للولد ، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت[6] ، ولم يصرح الرافعي هنا من عند نفسه بترجيح[7] ، لكنه جزم في « شرحيه » في عدة الوفاة بعدم السقوط كما في « الحاوي » ، وتبعه في « الروضة » علىٰ ذلك[8] ، ويرد على « الحاوي » أن قوله أولاً [ص

---

(١) الروضة (٩/ ٦٢) .
(٢) انظر « الروضة » (٩/ ٦٣) .
(٣) في (ب) ، (د) : (التنظّف) .
(٤) المنهاج (ص ٤٦١) .
(٥) انظر « الوجيز » (٢/ ١١٨) .
(٦) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٥٠٧) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٤٤) .
(٨) فتح العزيز (٩/ ٤٨٢) ، الروضة (٨/ ٣٩٩) .

٥٤١] : (**ووضعت**) قد يقتضي وجوب النفقة للحامل ولو كانت متوفىٰ عنها ؛ فإنه لم يخص بذلك المطلقة ، لكن قوله بعده : (**وإن مات**) قرينة علىٰ أن كلامه أولاً في مفارقة الحياة ، وقد صرح « المنهاج » بذلك فقال [ص ٤٦٢] : (**ولا نفقة لمعتدة وفاة وإن كانت حاملاً**) وكما تستحق البائن الحامل النفقة تستحق الأدم والكسوة كما في زيادة « الروضة » عن المتولي ، وأقره[١] .

وهل تستحق الخادم إن كانت ممن تخدم ؟ فيه وجهان ، بناهما ابن المرزبان علىٰ أن نفقتها للحمل أم للحامل .

٤٤٦٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٨ ، ٢٠٩] : (**وهل تدفع إليها يوماً بيوم أو لا يجب شيء منها حتىٰ تضع ؟ فيه قولان**) **الأظهر** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » ، لكن تعبيره بقوله : (**وقيل : حين تضع**)[٢] يقتضي أن الخلاف وجهان ، وكذا في « المحرر »[٣] ، ولكنه في « الشرحين » و« الروضة » قولان كما في « التنبيه »[٤] .

فصل

[في الإعسار بمؤن الزوجة]

٤٤٦٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٢] : (**أعسر بها ؛ فإن صبرت . . صارت ديناً عليه ، وإلا . . فلها الفسخ على الأظهر**) الضمير في قوله : (**بها**) عائد على النفقة كما أفصح به « التنبيه » و« الحاوي »[٥] ، ويفهم ذلك من ذكر « المنهاج » الكسوة والسكنىٰ والأدم بعد ذلك ، ولا فسخ بمدة ماضية **في الأصح** ، وقد صرح به « الحاوي »[٦] ، وفهم من تعبير « التنبيه » بالإعسار[٧] و« الحاوي » بالعجز[٨] أنه لا فسخ بمنع موسر حضر أو غاب ، وهو **الأصح** كما صرح به « المنهاج »[٩] ، ومع ذلك : فيرد عليه : أنه لو غاب وجهل حاله في الإعسار واليسار . . كان كما لو عرف يساره في عدم الفسخ **في الأصح** .

---

(١) الروضة (٩/٦٨) .

(٢) المنهاج (ص ٤٦٢) .

(٣) المحرر (ص ٣٧٩) .

(٤) فتح العزيز (١٠/٤٥) ، الروضة (٩/٦٨) .

(٥) التنبيه (ص ٢٠٩) ، الحاوي (ص ٥٤٣) .

(٦) الحاوي (ص ٥٤٣) .

(٧) التنبيه (ص ٢٠٩) .

(٨) الحاوي (ص ٥٤٣) .

(٩) المنهاج (٤٦٢) .

وفي « فتاوى ابن الصلاح » : أنه لا يكفي شهادة البينة بأنه سافر عنها وهو معسر ، قال : فلو شهدت بإعساره الآن بناء على الاستصحاب.. جاز لها ذلك إذا لم تعلم زواله ، وجاز الفسخ حينئذ[1] .

ويرد على اعتبارهم الإعسار : أن تعذر النفقة من جهته كذلك ، وإن لم يكن معسراً.. ففي « فتاوى ابن الصلاح » : أن الفتيا على أنه مهما كانت واجبة النفقة عليه وتعذرت منه عليها ؛ لعدم مال حاضر له مع عدم إمكان أخذها منه حيث هو بكتاب حكمي وغيره ؛ لكونه لم يعرف موضعه ، أو عرف لكن تعذرت مطالبته ، عُرف حاله في اليسار والإعسار أو لم يُعرف.. فلها الفسخ بالحاكم كما في الثابت عسره ؛ فإن تعذر النفقة بذلك كتعذرها بالإعسار ، قال : والفرق بينهما بأن الإعسار عيب فرق ضعيف ، قال : ولصاحب الغزالي أبي الحسن بن الشهرزوري الدمشقي مسألة صنفها في تصحيح ذلك وتقريره . انتهى[2] .

٤٤٧٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٢] : (**ولو تبرع رجل بها.. لم يلزمها القبول**) فيه أمران :

أحدهما : أنه يستثنىٰ منه : ما إذا كان المتبرع أباً أو جداً للزوج وهو محجوره.. فإنه يجب القبول ؛ لأن المدفوع يدخل في ملك المؤدىٰ عنه في هٰذه الحالة ، ويكون الولي كأنه وهب له وقبل كما ذكروه في مواضع ، ذكره في « المهمات » .

ثانيهما : أن محله : فيما إذا دفعها إليها ، فلو دفعها للزوج وسلمها هو لها.. فلا فسخ ؛ لانتفاء المنة عليها ، ذكره الخوارزمي في « الكافي » .

٤٤٧١ـ قوله : (**وقدرته على الكسب كالمال**)[3] أي : فلا فسخ معه ، ولو امتنع منه.. فإنه يجبر عليه ، وكذا لو مرض إن رجي برؤه في نحو ثلاثة أيام ، وإلا.. تخيرت ، والحالة أنه يكسب كل يوم قدر النفقة ، فلو كان يكسب في يوم نفقة الأسبوع فتعذر العمل في أسبوع لعارض.. تخيرت على الأصح كما قاله المتولي .

٤٤٧٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**وإن أعسر بالأدم.. لم تفسخ**) حكاه في « أصل الروضة » عن الأكثرين اعتماداً علىٰ أن الرافعي حكاه عن الشيخ أبي حامد والقفال والإمام والغزالي والبغوي وغيرهم ، ومقابله عن الداركي والروياني[4] ، وصرح في « الشرح الصغير » بتصحيح عدم الفسخ ،

---

(١) فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٤٥٦) مسألة (٤٢٢) .

(٢) فتاوى ابن الصلاح (٢/ ٤٥٤) مسألة (٤١٧) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٢) .

(٤) فتح العزيز (١٠/ ٥٢) ، الروضة (٩/ ٧٥) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٤٦٣) ، و« الوجيز » (٢/ ١١٩) ، و« التهذيب » (٦/ ٣٥٦) .

وهو الذي يدل عليه كلام « الحاوي »[1] ، لكنه صحح في « المحرر » الفسخ[2] ، فاستدرك عليه في « المنهاج »[3] ، وقال الماوردي : إن انساغ القوت للفقراء دائماً بلا أدم . . لم تفسخ ، وإلا . . فسخت[4] .

٤٤٧٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**وإن أعسر بالسكنىٰ . . احتمل أن تفسخ واحتمل ألَّا تفسخ**) هما وجهان منقولان ، **والأصح** : الأول ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[5] .

وتوجيه الثاني بأنها لا تعدم مسجداً أو نحوه عجيب ؛ لأن المسجد ليس مُعدّاً للإيواء .

٤٤٧٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**و إن أعسر بنفقة الخادم . . لم تفسخ ويصير ذلك ديناً في ذمته**) ، قال شيخنا الإمام البلقيني : محل بقائه ديناً في ذمته : ما إذا كانت الخادمة موجودة ولم ينفق عليها ، فإن مضى الزمان بغير خادم . . لم يتقرر في ذمته شيء .

٤٤٧٥ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٢] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٤٤] : (**وفي إعساره بالمهر أقوال ، أظهرها : تفسخ قبل وطء لا بعده**) شرطه : ألاَّ تقبض شيئاً من المهر ، فإن قبضت بعضه . . لم يكن لها الفسخ ؛ لأنه استقر له من البضع بقسطه ، فلو فسخت . . لعاد لها البضع بكماله ؛ لأنه لا يمكن التشريك فيه ، قاله ابن الصلاح في « فتاويه »[6] ، **واعتمده في « المهمات »** ، وخالفه البارزي قاضي حماة ، وتوقف فيه في « المطلب » في (الفلس) ، وقال السبكي في « شرح المنهاج » قبل (الوليمة) : **المختار عندي في الإعسار ببعضه** : أنه كالإعسار بكله ، وهو يختار في كله عدم الفسخ مطلقاً ، **قال** : فيثبت لها الخيار **على المذهب** ، ولا يثبت عندي وفاقاً لابن الرفعة . انتهىٰ .

ومن يُثبت لها الفسخ بكله دون بعضه . . يجعل اللام في « المنهاج » و« الحاوي » للعهد ، والمراد : الجميع ، ويخرج بذلك المفوضة . . فلا خيار لها قبل الفرض ؛ لأنها لا تستحق مهراً بالعقد **على الأظهر** .

٤٤٧٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**وإن اختارت الفسخ . . ففيه قولان ، أحدهما : تفسخ في الحال**) وقول « المنهاج » [ص ٤٦٢] : (**في قول : يُنجِّز الفسخ**) قد يفهم المبادرة إليه في الحال ، **والأقرب** علىٰ هـٰذا القول : لا ، فعلىٰ هـٰذا : هل تؤخره إلىٰ نصف النهار أم آخره أم آخر الليلة

---

(١) الحاوي (ص ٥٤٣) .
(٢) المحرر (ص ٣٧٩) .
(٣) المنهاج (ص ٤٦٢) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤٥٧) .
(٥) الحاوي (ص ٥٤٣) ، المنهاج (ص ٤٦٢) .
(٦) فتاوى ابن الصلاح (٢/٤٢٧) مسألة (٣٦٥) .

بعده ؟ فيه احتمالات ، أرجحها عند الغزالي : الثالث[1] .

٤٤٧٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**والثاني : تفسخ بعد ثلاثة أيام ، وهو الأصح**) قد يفهم استقلالها به ، وليس كذلك ؛ ولهذا قال « المنهاج » [ص ٤٦٢] : (**ولا فسخ حتىٰ يثبت عند قاض إعساره فيفسخه أو يأذن لها فيه**) و« الحاوي » [ص ٥٤٤] : (**ثم القاضي يفسخ أو يمكنها منه صبيحة الرابع**) .

٤٤٧٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٢] : (**إلا إن يسلم نفقته**) قد يفهم تعذر الفسخ بذلك عليها مطلقاً ، وليس كذلك ؛ فلها الفسخ في الخامس ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٤٤] : (**وإن سلم له . . ففي الخامس**) أي : إن لم يسلم نفقته ، وظاهر كلامهما منع فسخها في اليوم الرابع ولو توافقا علىٰ جعل المأخوذ عما مضىٰ ، وفي هـٰذه الحالة احتمالان للرافعي[2] .

٤٤٧٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٣] : (**وعليها الرجوع ليلاً**) أي : إلىٰ منزل الزوج ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن الروياني فقط ، قال الروياني : وليس لها منعه من الاستمتاع ، وقال البغوي : لها ذلك ، قال الرافعي : وهو أقرب[3] ، وحينئذ . . فلا تستحق نفقة مدة الامتناع ولا تثبت في ذمته .

٤٤٨٠ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**وإن اختارت المقام ثم عنّ لها أن تفسخ . . جاز**)[4] محله : فيما بعد يوم الاختيار ، أما يوم الاختيار : فلا خيار لها فيه ، صرح به البندنيجي ، وحكاه عنه في « الكفاية » ، وقال شيخنا الإسنوي في « التنقيح » : هو ظاهر ، وتعليلهم يقتضيه ، ثم إنما يكون لها الفسخ بعد تجديد الإمهال على القول به ، وإذا رضيت بالمقام معه . . لم يلزمها تمكينه ولها الخروج ، قاله البغوي وغيره[5] ، ويعود فيه ما سبق عن الروياني : من أنه ليس لها منعه من الاستمتاع ؛ فإنه لم يفرق في ذلك بين مدة الإمهال وما بعدها ، وسبقه إليه الماوردي في الحالتين[6] ، ومال إليه في « المهمات » ، فإن مكنته . . ثبت في ذمته ما على المعسر من طعام وإدام وغيرهما .

٤٤٨١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٣] : (**ولو رضيت بإعساره بالمهر . . فلا**) أي : فلا فسخ بعده ؛ لأن الضرر لا يتجدد ، والحاصل مَرْضِيٌّ به .

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/١٢٠) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٠/٥٩) .
(٣) فتح العزيز (١٠/٥٩) ، الروضة (٩/٧٨) ، وانظر « التهذيب » (٦/٣٥٩) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢٠٩) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٤) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٣) .
(٥) انظر « التهذيب » (٦/٣٥٩) .
(٦) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٤٦٠) .

يفهم أنها لو نكحته عالمة بإعساره بالصداق. . لم تفسخ ، وهو الذي **صححه** الرافعي والنووي[1] ، وقال في « المهمات » : إن المذهب خلافه ؛ فقد حكى العمراني في الزوائد في المسألة قولين : **الجديد** : ثبوت الفسخ ، **والقديم** : عدم ثبوته .

٤٤٨٢ـ قوله : (**ولا فسخ لولي صغيرة ومجنونة**)[2] لم يحترز به عن البالغة العاقلة ، فوليها أولىٰ بعدم الفسخ .

٤٤٨٣ـ قوله : (**ولو أعسر زوج أمة بالنفقة. . فلها الفسخ ، فإن رضيت. . فلا فسخ للسيد في الأصح**)[3] خرج بالنفقة المهر ، فلو أعسر به وأثبتنا الفسخ. . فهو للسيد .

* * *

(١) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٦٠) ، و« الروضة » (٩/ ٧٩) .

(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٣) .

(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٣) .

بابُ نفقةِ الأقارب

٤٤٨٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : (**يجب على الأولاد نفقة الوالدين**) هو بكسر الدال ، وهو أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٦٣] : (**يلزمه نفقة الوالد وإن علا**) فإنه لا يتناول الأم ، بخلاف لفظ « التنبيه » فإنه يتناولها بالتغليب ، وقد زاد ذلك إيضاحاً بقوله بعده : (**ذكوراً كانوا أو إناثاً**)[١] ، وعبر « الحاوي » بالبعض[٢] ، وهي عبارة مختصرة شاملة .

واستثني من ذلك : ما إذا كان القريب المحتاج مكاتباً . . فليس على الولد نفقته **على الأصح** من زيادة « الروضة » هنا ؛ لبقاء أحكام الرق[٣] ، لكن كلام « الروضة » وأصلها في أول (قسم الصدقات) صريح في أن عليه نفقته[٤] .

٤٤٨٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩ ، ٢١٠] : (**ولا تجب إلا علىٰ من فضل عن نفقته ونفقة زوجته**) أحسن من قول « المنهاج » [ص ٤٦٣] : (**بفاضل عن قوته وقوت عياله**) فإن النفقة أعم من القوت ، ولا يتقدم على القريب إلا الزوجة ، ولفظ (**العيال**) قد يوهم خلافه ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٤٤] : (**فضل عن قوته وزوجته**) فعطف على الضمير المجرور بدون إعادة الجار ، وفيه خلاف لأهل العربية ، ووافق « التنبيه » في التعبير بالزوجة و« المنهاج » في التعبير بالقوت ، وفي « الروضة » وأصلها عن « البسيط » : الظاهر أنه يلزم المبعض نفقة القريب[٥] ، **وصحح النووي** من زيادته : لزوم نفقة تامة ، **ورجح في** « الروضة » أيضاً : لزوم نفقة المبعض المحتاج علىٰ قريبه الحر بقدر حريته[٦] .

٤٤٨٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٣] : (**في يومه**) تبع فيه « المحرر »[٧] ، وفي « الشرحين » و« الروضة » و« الكفاية » وغيرها : يومه وليلته[٨] .

قوله : (**ويباع فيها ما يباع في الدين**)[٩] أي : من عقار وغيره ، وفي كيفية بيع العقار وجهان : **أحدهما** : يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة .

---

(١) التنبيه (ص ٢٠٩) .
(٢) الحاوي (ص ٥٤٤) .
(٣) الروضة (٩/٩٧) .
(٤) فتح العزيز (٧/٣٨٠) ، الروضة (٢/٣١٠) .
(٥) فتح العزيز (١٠/٨٦) ، الروضة (٩/٩٧) .
(٦) الروضة (٩/٩٧) .
(٧) المحرر (ص ٣٨٠) .
(٨) فتح العزيز (١٠/٦٦) ، الروضة (٩/٨٣) .
(٩) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٣) .

والثاني : أن ذلك يشق ، فيقترض إلىٰ أن يجتمع ما يَسْهُل البيع له ، **وصححه النووي في نظيره** من مسألة العبد ، فليُصحح هنا[1] .

٤٤٨٧ـ قوله : (**ويلزم كَسُوباً كَسْبُهَا في الأصح**)[2] عبر في « الروضة » بالصحيح ، وقطع به الأكثرون ، ومقابله وجهان :

أحدهما : لا يلزمه .

والثاني: يلزم الولد للوالد دون العكس ، كذا في بعض نسخ « الروضة »[3] ، **والصواب المنقول** عن نسخة المصنف عكسه ، وهو الموافق لنقل الرافعي عن « التتمة »[4] ، والفرق : أن نفقة الوالد مواساة ، فلا يُكلّف الكسب لها ، وسبب حصول الولد الاستمتاع ، **فألحقت نفقته بنفقة الزوجة** .

٤٤٨٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٣] : (**ولا يجب لمالك كفايته ولا مكتسبها**) أي : بالفعل ؛ بأن يكون قادراً على الكسب ويفعله ، وقول « الحاوي » [ص ٥٤٤] : (**لبعضٍ.. لا شيء له ولو كسوباً**) أي : بالقدرة ، لكنه لم يتعاط الكسب بالفعل ، وتبع في إطلاق وجوب نفقة البعض القادر على الكسب ، ولا يفعله « المحرر » فإنه قال : (إنه الأحسن)[5] ، ونقل الرافعي عن « العدة » : أن **الفتوى اليوم عليه**[6] .

وصحح « التنبيه » : عدم وجوبها في هـٰذه الحالة مطلقاً فقال [ص ٢٠٩] : (**فأما الوالدون : فلا تجب نفقتهم إلا أن يكونوا فقراء زمنىٰ أو فقراء مجانين ، فإن كانوا فقراء أصحاء.. ففيه قولان ، أصحهما : أنها لا تجب**) ثم قال في الأولاد : (**فإن كانوا فقراء أصحاء بالغين.. لم تجب نفقتهم ، وقيل : فيه قولان**) **والأصح** : طريقة القولين ، **وأصحهما** : عدم الوجوب ، **والمصحح** في « الشرحين » : التفصيل ، فتجب للوالد دون الولد ، وعليه مشى « المنهاج » فقال [ص ٤٦٣] : (**إنه أظهر**) ولم يفرقوا على الطريقة المشهورة بين كسب وكسب ، ومنهم من جعل الخلاف أولاً في اشتراط العجز عن كسب يليق به ، فإن شُرط ذلك.. ففي اشتراط العجز عن كل كسب بالزمانة وجهان ، ورأوا الأعدل الأقرب : الاكتفاء بعجزه عما لا يليق به ، وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكسب ونحوه ، وهـٰذا حسن ، قاله الرافعي والنووي[7] .

---

(١) انظر « الروضة » (٩/٨٣ ، ٨٤) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٣) .
(٣) الروضة (٩/٨٤) .
(٤) فتح العزيز (١٠/٥٢) .
(٥) المحرر (ص ٣٨٠) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/٦٨) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٠/٦٨ ، ٦٩) ، و« الروضة » (٩/٨٥) .

وفي معنى الزمن : المريض والأعمىٰ ، وكذا الصحيح المشتغل عن الكسب بالتصرف في مال الولد ومصلحته ، نبه عليه ابن الرفعة .

٤٤٨٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٤] : (**وهي الكفاية**) أي : فيعتبر حاله في السن والرغبة والزهادة ، ولا يشترط انتهاؤه إلىٰ حد الضرورة ، ولا يقتصر معه علىٰ سد الرمق ، بل يعطيه ما يتمكن معه من التردد والتصرف ؛ ولهـٰذا عبر « الحاوي » بقوله [ص ٥٤٤] : (**ما يستقل به**) ، ومنه يفهم أنه لا يجب إشباعه ، وبه صرح في « الوجيز »[١] ، وحكى الرافعي في نفقة الرقيق ثلاثة أوجه :

أحدها : هـٰذا ، وكلامه يقتضي ترجيحه .

والثاني : يجب ما يكفي مثله غالباً ، ولا يعتبر كفايته في نفسه .

والثالث : إن أَثَّرَ فقد الزيادة في قُوَّتِه وبدنه .. لزمت ، وإلا .. فلا ، قال : وينبغي أن تجيء هـٰذه الأوجه في نفقة القريب[٢] .

ومن التعبير بالكفاية يفهم وجوب الكسوة والسكنىٰ بما يليق به ، ومؤنة الخادم إن احتاج إليه ، والأدم ، وهو كذلك ، إلا أن في « التهذيب » نزاعاً في الأدم[٣] ، ويجب أيضاً أجرة الطبيب وثمن الأدوية ، صرح به الرافعي في (قسم الصدقات)[٤] .

ولا يفهم شيء من ذلك من تعبير « الحاوي » ، فلو مضت مدة لم ينفق فيها علىٰ خادم القريب مع قيامه بالخدمة ؛ فإن أسقطنا نفقة خادم الزوجة بمضي الزمان كما قال المتولي .. فهي أولىٰ ، وإن لم نسقطها كما هو النص .. لم تسقط نفقة الخادم هنا وإن سقطت نفقة القريب ، ويزيد التابع على المتبوع ، قاله شيخنا الإمام البلقيني ، قال : ويحتمل أن تسقط ، والأول أقرب ؛ لأنها عوض الخدمة ، بخلاف نفقة القريب .

٤٤٩٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**وإن مضت مدة ولم ينفق فيها علىٰ من تلزمه نفقته من الأقارب .. لم تصر ديناً في ذمته**) استثنىٰ منه « المنهاج » و« الحاوي » : ما إذا فرضها القاضي[٥] ، و« المنهاج » وحده : ما إذا أذن في اقتراضها لغيبة أو منع[٦] ، وفي كلا الصورتين نظر .

أما الأولىٰ : فقد ذكرها « المنهاج » [ص ٤٦٤] : (**ولا تصير ديناً إلا بفرض قاض أو إذنه في**

---

(١) الوجيز (٢/١٢١) .
(٢) انظر « فتح العزيز » (١٠/١١٠) .
(٣) التهذيب (٦/٣٨٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (٧/٣٧٩) .
(٥) الحاوي (ص ٥٤٥) ، المنهاج (ص ٤٦٤) .
(٦) المنهاج (ص ٤٦٤) .

اقتراض لغيبة أو منع) و« الحاوي » [ص ٥٤٥] : (**وتستقر بفرض القاضي**) قاله الغزالي ، وتبعه الرافعي والنووي في كتبهما[١] ، قال النشائي : وقد رده والدي رحمه الله فيما علقه على « الوسيط » نقلاً وعقلاً[٢] .

وقال في « المهمات » : لم أر أحداً استثناه ، بل صرح ابن القاص وأبو علي الطبري والمحالمي والقزويني في « الحيل » وأبو إسحاق الشيرازي في « التذكرة » والغزالي في « تحصين المآخذ » ـ كلاهما في الخلاف ـ ونصر المقدسي ومحمد ابن يحيىٰ بعدم استقرارها بفرض القاضي ، ونقل عن البندنيجي في « المعتمد » ، وكلام الرافعي في (زكاة الفطر) يدل عليه[٣] ، وهو مقتضىٰ تعليلهم بأنها مواساة لإحياء النفس ، وقد حييت فيما مضىٰ .

وأيضاً : فنفقة القريب إمتاع كما حكاه الرافعي عن الأئمة[٤] ، فيستحيل مصيره ديناً كما قاله الإمام[٥] .

وأيضاً : فإن أريد بالفرض : الإيجاب . . فهو تحصيل الحاصل ، وإن أريد به : التقدير . . لم يؤثر إلا في قدر المأخوذ لا في صفة الوجوب وهي السقوط بمضي الزمان ، وكيف يجوز للقاضي تقدير غير المقدر ؟ قال : ولم يحك ابن الرفعة مع اطلاعه استقرارها بفرض القاضي إلا عن الرافعي ، وعبارة الرافعي : ويستثنىٰ ما إذا فرض القاضي أو أذن في الاستقراض وكأن مراده : إذا اقترض ـ بالقاف ـ فتصحف ، ويدل عليه أمران :

أحدهما : وجودها في بعض نسخه بالقاف .

الثاني : أن البغوي والمتولي صرحا باستثناء الاقتراض ، وأنه لا يستثنىٰ غيره[٦] ، وقد علمت كثرة نقل الرافعي عنهما . انتهىٰ كلام « المهمات » بمعناه مختصراً .

وقال ابن الرفعة : فرض القاضي وعدمه عندنا سيان .

قال السبكي : وهو ممنوع ، ولو كان كذلك . . لما جاز له أن يفرض ، وفائدة الفرض : تقدير قدر مخصوص بعد أن كان الواجب محتملاً له ، وأما ثبوته في الذمة واستقراره . . فهو محل النظر ، وهو الذي نفاه ابن الرفعة ، وقال في « التوشيح » : الذي تحصل لي من كلام الوالد أنه موافق علىٰ أنها لا تستقر بمجرد فرض القاضي ، ولكن نقول : كلام الغزالي يحتمل أمرين ، **أظهرهما** : أن

---

(١) انظر « الوجيز » (٢/ ١٢١) ، و« فتح العزيز » (١٠/ ٧٠) ، و« الروضة » (٩/ ٨٥) .

(٢) انظر « نكت النبيه علىٰ أحكام التنبيه » (ق ١٦٥) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (٣/ ١٥٠) .

(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٧٠) .

(٥) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٤٦٤) .

(٦) انظر « التهذيب » (٦/ ٣٨٧) .

محل استقرارها بفرض القاضي : ما إذا استقرض القريب . . فإنه يبقىٰ ديناً عليه ، فيحمله القريب عنه وإن لم يكن دين المقرض في ذمة القريب الموسر بل في ذمة المستقرض مستنداً إلىٰ إذن القاضي أو فرضه ، ولو لا الفرض أو الإذن . . لم يعرف القدر الذي يتحمله عنه ، قال : ويؤخذ من ذلك أنه بعد فرض القاضي أو إذنه لو اتفق صوم المفروض له يوماً أو أضافه شخص بحيث اندفعت حاجته ذلك اليوم . . لم تجب نفقته فيه وإن كان القاضي قد فرضها ، ويجتمع بذلك كلام الغزالي وغيره ، فيكون الإطلاقان صحيحين .

والاحتمال الثاني : أن يكون كلام الغزالي محله في يوم واحد رفع القريب المحتاج قريبه الغني إلى القاضي فقضىٰ عليه بنفقة ذلك اليوم وفرضها ، فيجب عليه بذلك دفع ما فرضه القاضي ، قال : وليس فيه تصريح بأن نفقة الغد وبعد الغد تستقر بذلك .

نعم ؛ لو ماطله الغني بعد قضاء القاضي ذلك اليوم حتى انقضىٰ واندفعت حاجته . . ينبغي أن تسقط كما أطلقه غير الغزالي ، وكلام الغزالي يقتضي عدم سقوطه ، قال : **والأحسن ما حملناه عليه أوّلاً** ، وجعلِه علىٰ عمومه في ذلك اليوم وبعده بشرط وجود الاستقراض لها ؛ إما على الغني وإما على الفقير ؛ ليرجع به على الغني ، ويكون المستقر في ذمة الغني نفس نفقة القرابة لا المُقترض لأجلها علىٰ هـٰذا التقدير الثاني ، ويصح الاستثناء . انتهىٰ .

وأما الصورة الثانية : فلا حاجة لاستثنائها ؛ لأن المقترض يدخل في ملك المقترض عليه أولاً ثم يأخذ من تجب له ، ذكره في « المهمات » ، وقال السبكي : إن تعبيرهم في هـٰذه الصورة يقتضي أنه بمجرد ذلك يصير ديناً في الذمة ، قال : والظاهر أنه لو تأخر الاستقراض بعد إذن القاضي ومضي زمان لم تستقر فيه . . فيجب حمله علىٰ أن المراد : أَذِنَ في الاستقراض فاستقرض ، وكذا تقدير القاضي ؛ فالقاضي يصدر عنه الفرض أو الإذن ثم يحصل الاستقراض بعد ذلك ، ولا شك بعد الاستقراض في الثبوت في الذمة ، ويحتمل أن يقال بين الإذن والاستقراض : إذا قرب الزمان . . يحكم بأن النفقة صارت ديناً ليقترض عليها ؛ لأنه إنما يقترض علىٰ من عليه دين ، وكذلك بعد الفرض ؛ لأن المقصود به الاستقراض ، فإذا استقرض عقيبه . . كان الاستقراض عن دين ثابت ، وإن تخلل زمان بين ذلك وبين الاستقراض . . سقطت نفقة ذلك الزمان المتخلل فقط ، إلا أن تكون الحاجة فيه باقية . . فتضاف إلى الزمان الذي بعد الاستقراض ؛ كبعض يوم يستقرض لجميع نفقة ذلك اليوم للحاجة إليها . انتهىٰ .

٤٤٩١ـ قول « التنبيه » [ص ٢٠٩] : **(ومن وجبت نفقته . . وجبت نفقة زوجته)** يستثنىٰ منه : زوجة الولد . . فلا تجب نفقتها في **الأصح** ، وادعىٰ في (زكاة الفطر) من « شرح المهذب » عدم الخلاف فيه ، وحكم المستولدة حكم الزوجة ، ولو كان للأب زوجتان . . **فالأصح** : أن على الابن

نفقة إحداهما ، يدفعها إليه وهو يوزعها عليهما .

قال الإمام : وليس له أن يحتكم ، فيدفع إلىٰ واحدة منهن كما قال العراقيون[1] .

وهل الواجب على الابن نفقة معسر نظراً إلىٰ حال الأب ، أم ننظر إلىٰ حال الابن ، أم نعتبر الكفاية ؛ لأنها وجبت تبعاً لمن نفقته على الكفاية ؟

قال شيخنا الإمام البلقيني : الظاهر الأول ، ويجب على الولد أيضاً كسوة زوجة الأب .

قال البغوي : ولا يلزم الأدم ولا نفقة الخادم ؛ لأن فقدهما لا يثبت الخيار[2] ، وقد تقدم الخلاف في الفسخ بالأدم ، وقال الرافعي : القياس الوجوب[3] .

٤٤٩٢ـ قوله : (**وإن امتنعت** ـ أي : الأم ـ **من إرضاع ولدها . . لم تجبر عليه**)[4] محله : في غير اللبأ ؛ فتجبر علىٰ سقي اللِّبَأ ، وكذا اللبن إن لم يوجد غيرها ؛ **ولذلك** قال « المنهاج » [ص ٤٦٤] : (**وعليها إرضاع ولدها اللِّبَأ ، ثم بعده إن لم يوجد إلا هي أو أجنبية . . وجب إرضاعه**) وقد يفهم من ذلك وجوبه عليها بلا أجرة ، وليس كذلك ، بل لها أجرة إرضاع اللبأ إن كان لمثله أجرة **على الصحيح** ، وأجرة ما بعده إن لم توجد متبرعة ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٤٥] : (**وعلى الأم إرضاع اللبأ ثم إن تعينت بالأجرة إن لم يتبرع غيرٌ**) .

٤٤٩٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٥] : (**وله منعها إن وُجِدت أخرىٰ**) محله : في زوجته التي في نكاحه ، وتبع في ذلك الرافعي[5] ، وقد استدرك عليه « المنهاج » فقال [ص ٤٦٤] : (**الأصح** : ليس له منعها ، **وصححه الأكثرون**) ، ولم يحكه في « الروضة » عن الأكثرين ، وإنما قال : إنه **الأصح** ، وممن صححه البغوي والروياني في « الحلية » ، وبه قطع الدارمي والقاضي أبو الطيب في « المجرد » والمحاملي والفوراني وصاحب « التنبيه » والجرجاني[6] .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وجزم به الخوارزمي في « الكافي » ، وأشار إلىٰ ترجيحه أبو الفرج الزاز والماوردي بتصدير كلامه به ، وفي نص « الأم » و« المختصر » في مسألة المفقود ما يشير إليه ، ثم صحح الماوردي التفصيل ، فإن كان سبب المنع الاستمتاع وفي أوقاته . . أجيب ، وإلا . . فلا ، واستحسنه الروياني في « الكافي » . انتهىٰ .

وفي « الكفاية » نقل ما صححه الرافعي عن الأكثرين ، والظاهر أنه وهم ، ويوافق تصحيح

---

(١) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٥٢٤) .
(٢) انظر « التهذيب » (٦/ ٣٨٦) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٧١) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢١٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٧٣) .
(٦) الروضة (٩/ ٨٨) .

النووي ما صححه الرافعي بعد هـٰذا : أنه ليس له تسليم ولده من أمته إلىٰ مرضعة غيرها للتفريق بينهما ، وعبارة « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**لم يمنعها**) وهي محتملة للتحريم والكراهة ، قال في « **المهمات** » ، وحملها على الكراهة أولىٰ ؛ لتصريحه به في « **المهذب** »[١] .

٤٤٩٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**وإن طلبت ـ أي : الأم ـ الأجرة . . فقد قيل : يجوز استئجارها وقيل : لا يجوز**) **الأصح** : الجواز ، ثم إن لم يمنع الإرضاع الاستمتاع ولم ينقصه . . كان لها مع الأجرة النفقة ، وإلا . . فلا نفقة ، قاله البغوي وغيره[٢] ، قال الرافعي : ويشبه مجيء الخلاف فيمن سافرت بإذنه لحاجتها[٣] .

٤٤٩٥ـ قوله : (**وقيل : إن كان للأب من ترضعه من غير أجرة . . ففيه قولان ، أصحهما : أن الأم أحق**)[٤] **صحح الرافعي والنووي أن له انتزاعه**[٥] ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي »[٦] .

٤٤٩٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٤] : (**والوارثان يستويان أم يوزع بحسبه ؟ وجهان**) ليس فيهما ترجيح في كلام الرافعي والنووي ، لكنهما رجحا فيما إذا اجتمع أبوه وأمه والمحتاج كبير ـ تفريعاً على التوزيع عليهما ـ : أنه يجعل أثلاثاً بحسب الإرث[٧] ؛ وكذلك مشىٰ عليه « الحاوي » هنا فقال [ص ٥٤٥] : (**وللتساوي وُزِّع**) أي : بحسب الإرث ولا يُسوّىٰ ، واختاره في « العجاب » ، وهـٰذا موضع ثان في « المنهاج » بلا ترجيح[٨] ، وسبق له في موقف الإمام والمأموم فيما يمنع المرور دون الرؤية وجهان بلا ترجيح أيضاً[٩] ، ولا ثالث لهما فيه إلا ما كان مفرعاً علىٰ ضعيف .

٤٤٩٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**وإن كان له أم أب وأم أم . . فقد قيل : هما سواء ، وقيل : النفقة علىٰ أم الأب**) **الأصح** : الأول ، وهو ظاهر اعتبار « المنهاج » و« الحاوي » القرب[١٠] ؛ فإنهما مستويان فيه .

٤٤٩٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**وإن كان له ما ينفق علىٰ واحد وله أب وأم . . فقد قيل : الأم أحق ، وقيل : الأب أحق**) **الأصح** : الأول ، وعليه مشى « الحاوي » فقال [ص ٥٤٥] : (**وفي**

---

(١) المهذب (٢/١٦٧) .
(٢) انظر « التهذيب » (٦/٣٨٨) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/٧٤) .
(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢١٠) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/٧٥) ، و« الروضة » (٩/٨٩) .
(٦) الحاوي (ص ٥٤٥) ، المنهاج (ص ٤٦٤) .
(٧) انظر « فتح العزيز » (١٠/٧٧) ، و« الروضة » (٩/٩٢) .
(٨) المنهاج (ص ٤٦٤) .
(٩) المنهاج (ص ١٢٣) .
(١٠) الحاوي (ص ٥٤٥) ، المنهاج (ص ٤٦٤) .

الأخذ يُعكس) وهو مخالف لما ذكر في زكاة الفطر من تقديم الأب ، وقد سبق الكلام عليه هناك .

٤٤٩٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : **(وإن كان له ابن وأب . . فقد قيل : الابن أحق ، وقيل : الأب أحق) الأصح** في « تصحيح التنبيه » وفي « الروضة » وأصلها في (زكاة الفطر) : الثاني[1] ، وقد يؤخذ ذلك من قول « الحاوي » [ص ٥٤٥] : **(وفي الأخذ يُعكس)** ، وحكىٰ في « الروضة » وأصلها عن اختيار القفال استواءهما ، ولم يحك ترجيحاً بخلافه[2] ، ومحل الخلاف : في البالغ ، فأما في الصغير : فله جزماً .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : ينبغي إذا كان الابن صغيراً والأب مجنوناً أو زمناً أن يسوىٰ بينهما .

٤٥٠٠ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : **(وإن كان له ابن وابن ابن . . فقد قيل : الابن أحق ، وقيل : يجعل بينهما) الأصح** : الأول ، كذا حكى ابن يونس وابن الرفعة لفظ « التنبيه » ، وأورد البالسي لفظة : **(فالابن أحق ، وقيل : يجعل بينهما)** فلا يُحتاج إذاً لاستدراك تصحيح ؛ ولهـٰذا لم يذكره النووي في « تصححيه » .

قال في « التهذيب » : فإن كان الأبعد زمناً . . قدم ، حكاه عنه الرافعي ، وأقره[3] .

وقال الماوردي والروياني : إن كان الأبعد مريضاً أو رضيعاً . . قدم .

٤٥٠١ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٥] : **(وللأم أخذه والإنفاق من مالها لترجع ، والاستقراض عليه)** يفهم أن لها الرجوع في الإنفاق من مالها وإن لم تشهد علىٰ ذلك ، وفيه وجهان في « الروضة » وأصلها بلا ترجيح[4] ، وجزم البارزي في « توضيحه » تبعاً لـ« التعليقة » بوجوب الإشهاد ، وهو مقتضىٰ ترجيحهم في إنفاق المالك في المساقاة عند هرب العامل ، وجزم به « الحاوي » في استقراض القريب غير الأم فقال بعده [ص ٥٤٥] : **(وللقريب إن عجز عن القاضي إن أشهد)** .

* * *

---

(١) تصحيح التنبيه (٢/ ١٤٣) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ٨٣) ، الروضة (٩/ ٩٥) .

(٣) التهذيب (٦/ ٣٨٥) ، وانظر « فتح العزيز » (١٠/ ٨٣) .

(٤) فتح العزيز (١٠/ ٧٢) ، الروضة (٩/ ٨٧) .

باب الحضانة

٤٥٠٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٤] : (**الحضانة : حفظ من لا يستقل وتربيته**) و« الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**والمحضون من لا يستقل**) أي : بأمره ؛ لعدم تمييزه ، يشمل الطفل والكبير المجنون أو المخبول ، فهو أعم من قول « التنبيه » [ص ٢١١] : (**إذا تنازع النساء في حضانة الطفل**) وفيه شيء آخر ، وهو أن ظاهره الانحصار في تنازع النساء ، وليس كذلك ؛ فقد يقع التنازع بين امرأة ورجل أو بين رجلين .

٤٥٠٣ـ قولهم : (**قدمت الأم**)[١] يستثنىٰ منه : ما لو كان للمحضون زوجة كبيرة أو للمحضونة زوج كبير ولأحدهما استمتاع بالآخر . . فالزوجة أو الزوج أولىٰ بالكفالة من جميع الأقارب كما حكاه في « الروضة » وأصلها عن الروياني[٢] ، وسبقه إليه الماوردي[٣] ، وقال في « التوشيح » : رأيت بخط الشيخ تاج الدين الفركاح الفتيا بخلافه .

ويستثنىٰ منه أيضاً : ما إذا كان المحضون رقيقاً . . فحضانته لسيده ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص ٥٤٦] : (**وللسيد بقدر رقه**) .

٤٥٠٤ـ قول « التنبيه » في الأم وأم الأب وأم الجد [ص ٢١١] : (**ثم أمهاتها**) أي : المدليات بالإناث كما صرح به « المنهاج » و« الحاوي »[٤] ، وقد صرح به « التنبيه » بعد ذلك بقوله [ص ٢١١] : (**ولا حق لأم أب الأم**) .

٤٥٠٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١١] : (**الأقرب فالأقرب**) و« المنهاج » [ص ٤٦٤] : (**يقدم أقربهن**) لو قالا كـ« الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**القربىٰ فالقربىٰ**) . . لكان أولىٰ ؛ فإنها تأنيث القريب ، كالبعدىٰ والطولىٰ تأنيث الطويل والبعيد .

ويستثنىٰ من تقديم الجدات : ما إذا كان للمحضون المجنون بنت . . فلها الحضانة إذا لم يكن له أبوان ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن ابن كج[٥] .

٤٥٠٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**وتقدم أخت علىٰ خالة**) أي : على القولين معاً كما صرح به « التنبيه » في حكايتهما[٦] .

---

(١) انظر « التنبيه » (ص ٢١١) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٤) .
(٢) فتح العزيز (١٠/١٠٣ ، ١٠٤) ، الروضة (٩/١١٠) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥٠٩) .
(٤) الحاوي (ص ٥٤٦) ، المنهاج (ص ٤٦٤) .
(٥) فتح العزيز (١٠/١٠٣) ، الروضة (٩/١١٠) .
(٦) التنبيه (ص ٢١١) .

٤٥٠٧ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**وخالةٌ علىٰ بنت أخٍ وأختٍ ، وبنت أخٍ وأخت علىٰ عمة**) هـٰذا هو المحكي في « الروضة » وأصلها في اجتماع محض الإناث عن الإمام والغزالي والبغوي[١] ، ورجحه في « الشرح الصغير » ، وصحح الروياني : تقديم العمة علىٰ بنت الأخ والأخت ، وهو مقتضىٰ عبارة « التنبيه » فإنه ذكر العمة بعد الخالة ، ولم يفصل بينهما بأحد[٢] .

وقال في « الكفاية » : هو الأرجح ومقتضىٰ كلام أكثرهم .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : يشهد له نص الشافعي في « الأم » و« المختصر » فإنه جعل بعد الأخوات من الجهات الثلاث الخالة ثم العمة ، وقدم الأصحاب الخالة علىٰ بنت الأخ والأخت ؛ لنص الشافعي علىٰ أن الخالة بعد الأخت ، فينبغي تقديم العمة أيضاً ؛ لأن الشافعي جعلها بعد الخالة من غير واسطة ، وهـٰذا هو الذي يظهر أنه مذهب الشافعي ، فتصحيح الروياني صحيح ، بل هو الذي ينبغي أن يعتمده المفتي علىٰ مذهب الشافعي . انتهىٰ[٣] .

وخالف الأمرين معاً في « الروضة » في اجتماع الذكور والإناث ، فقال هناك : ثم بعد الإخوة بنات الأخوات ثم بنو الإخوة ، وتقدم بنت الأخ على ابن الأخت اعتباراً بمن تحضن لا بمن تدلي به ، فإن فقدوا كلهم . . فالحضانة للخؤولة ثم العمومة ، وحكاه الرافعي عن تصحيح الروياني[٤] .

وقال في « المهمات » : اعتمد على الموضع الأول ، وقال البارزي : الصواب : الأول ، وكلام الرافعي آخراً مؤول .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : عندي له جواب ، وهو : أن محله : فيما إذا اجتمع ابن الأخ وبنت الأخت مع الخالة وفرعنا علىٰ أن العصبات مقدمون علىٰ من عدا الأصول ؛ فابن الأخ مسقط للخالة وأخته تحجبه في الحضانة فقدمت على الخالة حينئذ على الأصح ، قال : علىٰ أن الذي أعتقده تقديم الخالة علىٰ بنت الأخت ، وهو الذي جرىٰ عليه « الحاوي » .

٤٥٠٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**والأصح : تقديم أخت من أب علىٰ أخت من أم**) عبر في « الروضة » بالصحيح المنصوص[٥] ، وكذا في « التنبيه » [ص ٢١١] : (**إنه المنصوص**) .

٤٥٠٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**وخالة وعمة لأب عليهما لأم**) قال شيخنا ابن النقيب :

---

(١) فتح العزيز (١٠/١٠١) ، الروضة (٩/١٠٨) ، وانظر « نهاية المطلب » (١٥/٥٥٩) ، و« الوجيز » (٢/١٢٣) ، و« التهذيب » (٦/٣٩٨) .

(٢) التنبيه (ص ٢١١) .

(٣) الأم (٥/٩٢) ، مختصر المزني (ص ٢٣٥) .

(٤) الروضة (٩/١١٣) ، وانظر « فتح العزيز » (١٠/١٠٨) .

(٥) الروضة (٩/١٠٩) .

كذا في « المحرر » ، وأُصْلِحَت إليه في أصل المصنف ، ويوجد في النسخ عكسه[1] ، وكأنها كتبت من الأصل قبل الإصلاح ، وعبارة « الروضة » و« الشرحين » : إن قدمنا الأخت للأم . . فكذا هنا ، وإن قدمنا الأخت للأب . . **فأصح الوجهين** هنا : تقديم التي هي لأب ، وقيل : التي لأم ، وقيل : لا حضانة لخالة لأب ألبتة[2] .

٤٥١٠ـ قوله : (**وسقوط كل جدة لا ترث**)[3] عطفه علىٰ ما عبر فيه بالأصح ، وعبر في « الروضة » **بالصحيح المنصوص**[4] ، وفي معناها : كل أنثىٰ تدلي بذكر لا يرث ؛ كبنت العم للأم وبنت ابن البنت ، كذا في « الروضة » وأصلها ، لكنهما **صححا** بعد ذلك : استحقاق بنت الخال الحضانة[5] ، ولا يستقيم مع ما تقدم ؛ لإدلائها بذكر غير وارث .

٤٥١١ـ قول « التنبيه » [ص ٢١١] : (**وأما الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم . . فإنهم كالأب والجد في الحضانة ، يقدم الأقرب منهم فالأقرب علىٰ ترتيب الميراث للعصبات**) فيه أمور :

أحدها : يستثنىٰ من بني الإخوة : ابن الأخ للأم ، ومن الأعمام وبنيهم : العم للأم وابنه ، فلا حق لهم في الحضانة ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**ثم ولد ولد الأبوين ، ثم الأب ، ثم بنات ولد الأم**) فلم يجعل لبني ولد الأم حضانة ، لكن دخل في عبارته ابن الأخت منهما ، ولا حضانة له ، وقد استدركه البارزي عليه ، ثم قال : (**ثم ولد الجد لأبوين ثم لأب ثم العمة لأم**) ، ولم يجعل للعم للأم ولا لبنيه حضانة ، و« المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**وتثبت لكل ذكرٍ مَحْرَمٍ وارثٍ علىٰ ترتيب الإرث ، وكذا غير محرم ؛ كابن عم على الصحيح**) فاعتبر في حضانة الذكور الإرث ، وهـٰؤلاء غير وارثين ، ثم قال : (**فإن فُقد الإرث والمحرمية أو الإرث . . فلا في الأصح**)[6] .

وعبارة « الروضة » في الأولىٰ طريقان : **المذهب** : لا حضانة ، وقيل : وجهان[7] ، فلا يحسن التعبير فيها بالأصح .

ثانيها : قال في « الكفاية » : إن أُجرِيَ علىٰ ظاهره . . لزم منه عند اجتماع الرجال والنساء أن يُقَدَّموا بعد الآباء والأمهات علىٰ جميع النساء من الأخوات والخالات والعمات ومن يُدلىٰ بهن من

---

(١) أي في النسخ : (وخالة وعمة لأم عليهما لأب) وقد أصلحت في أصل المصنف إلىٰ (وخالة وعمة لأب عليهما لأم) .
(٢) السراج علىٰ نكت المنهاج (٧/١٣٢ ، ١٣٣) ، وانظر « المحرر » (ص ٣٨٣) ، و« فتح العزيز » (١٠/١٠٢) ، و« الروضة » (٩/١٠٩) .
(٣) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٥) .
(٤) الروضة (٩/١٠٩) .
(٥) فتح العزيز (١٠/١٠٣) ، الروضة (٩/١٠٩ ، ١١٠) .
(٦) المنهاج (ص ٤٦٥) .
(٧) الروضة (٩/١١١) .

بناتهن ، وهو وجه حكاه جماعة ، **والأصح** : خلافه ، وإن حمل علىٰ أصل الحضانة دون المنزلة . . كان ذلك مع ظاهر ما قدمه من قوله : (**ثم الأخوات ثم الخالة ثم العمة**) علىٰ ظاهر النص يقتضي أنه لا يتقدم أحد على الأخوات بعد الخالة ، وهو وجه حكاه في « المهذب »[1] ، **وصحح** الماوردي والروياني : استحقاق الأقرب فالأقرب حتىٰ تقدم بنات الإخوة والأخوات على الخالات والعمات[2] .

قلت : وعليه مشى « المنهاج » بقوله [ص ٤٦٥] : (**فالأصح : الأقرب**) و« الحاوي » بتقديم ولد ولد الأبوين علىٰ ولد الجد كما تقدم[3] ، لكن يشكل عليه أن الرافعي حكىٰ أن القولين ـ يعني : القديم والجديد ـ متفقان علىٰ تقديم جنس الأخوات على الخالات ، وعلىٰ أن الخالات يتقدمن علىٰ بنات الأخوات وبنات الأخوة والعمات[4] ، فكيف يمكن أن يجعل هـٰذا أصح مع مخالفته للقديم والجديد ؟!

ثالثها : أنه أطلق الحضانة لابن العم ، وكذا أطلقه « الحاوي »[5] ، وقال في « المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**ولا تُسلَّم إليه مشتهاةٌ بل إلىٰ ثقة يعيّنها**) .

قال في « أصل الروضة » : فإن كانت له بنت . . سُلِّمت إليه[6] .

قال في « المهمات » : ولا بد من كونها ثقة كالأجنبية ، وهو مقتضى « المحرر » و« المنهاج » أي : لإطلاقهما تسليمها إلىٰ ثقة فدخلت فيه البنت[7] .

قلت : الظاهر أنه لا يحتاج إلىٰ تقييد البنت بكونها ثقة ؛ فغيرتها علىٰ قريبتها وأبيها تغني عن ذلك ، ولا نُسلم دخول البنت في عبارة « المنهاج » فلم يرد بالثقة إلا أجنبية ، وحكمهما مختلف ؛ لأنها تسلم إلى الأجنبية الثقة ، وتسلم إلى الأب عند وجود بنت له بأيّ صفة كانت فيما يظهر ، وصوب في « المهمات » أن الثقة هي التي تتسلمها بإذنه ، قال : فإن كانت مميزة غير بالغة . . فهو الذي يتسلم .

قلت : لا يقال في غير البالغة : إنها ثقة ، وهـٰذا يقوي ما ذكرناه من تسليمها إليه مع وجود بنت له ولو كانت غير ثقة ، والله أعلم .

---

(١) المهذب (٢/ ١٧٠) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٥١٨) .
(٣) الحاوي (ص ٥٤٦) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٠٢ ، ١٠٣) .
(٥) الحاوي (ص ٥٤٦) .
(٦) الروضة (٩/ ١١١) .
(٧) المحرر (ص ٣٨٣) .

٤٥١٢ـ قول « التنبيه » [ص ٢١١] : (**وقيل : تقدم الأخت للأب والأم ثم الأخت للأم ثم الخالة على الأب ، وهو الأظهر**) **الأصح** : تقديمه عليهن ، وعليه مشى « المنهاج » و« الحاوي » ، وقال في « التنبيه » أوّلاً [ص ٢١١] : (**إنه ظاهر النص**) ، وعبارة « المنهاج » في هٰذا الوجه [ص ٤٦٥] : (**الأخت من الأم**) ولا معنىٰ لهٰذا التقييد ؛ فالأخت الشقيقة أولىٰ بذلك ، وطرد أيضاً في الأخت للأب ، ولم يذكرها « التنبيه » كما تقدم .

٤٥١٣ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**شرط الحاضن : الحرية**) أحسن من قول « التنبيه » [ص ٢١١] و« المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**لا حضانة لرقيق**) لدلالته علىٰ نفي الحضانة عن المبعض ؛ لأنه ليس حراً ، بخلاف عبارتهما ؛ فإنه ليس رقيقاً ؛ وكأن مرادهما : من فيه رق ، وحضانة المبعض لقريبه ومالك بعضه ، فإن اتفقا بمهايأة أو استئجار حاضنة أو رضي أحدهما بالآخر ، وإلا . . استأجر الحاكم عليهما .

ويندرج في عبارتهم : المدبر والمكاتب والمستولدة ولو علىٰ ولدها من سيدها في **الأصح** .

ويستثنىٰ من ذلك : ما لو أسلمت أم ولد كافر . . فإن ولدها يتبعها ، وحضانته لها ما لم تتزوج كما حكاه الرافعي في (أمهات الأولاد) عن أبي إسحاق المروزي ، ولم يذكر ما يخالفه[1] .

قال في « المهمات » : وكان المعنىٰ فيه : فراغها ؛ لمنع السيد من قربانها مع وفور شفقتها .

٤٥١٤ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**شرط الحاضن : العقل**) و« المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**لا حضانة لمجنون**) يتناول متقطع الجنون ، وهو كذلك ، إلا أن يندر ويقل زمنه ؛ كيوم في سنين .

٤٥١٥ـ قولهما : (**وفاسق**)[2] يفهم أنه لا يشترط تحقق العدالة الباطنة ، بل يكتفىٰ بالستر ـ وهو العدالة الظاهرة ـ حتىٰ يتبين الفسق ، وبه صرح الماوردي والروياني[3] ، ويوافقه كلام النووي في « زيادة الروضة » في (الحجر) ؛ فإنه حكىٰ وجهين في احتياج الحاكم إلىٰ ثبوت عدالة الأب والجد ؛ لثبوت ولايتهما ، وقال : ينبغي أن يكون **الراجح** : الاكتفاء بالعدالة الظاهرة[4] .

قال في « المهمات » : فإذا اكتفىٰ بذلك في المال . . فالحضانة أولىٰ ؛ لأن احتراز الأب علىٰ ذات الطفل أشد من احترازه علىٰ ماله بالاستقراء . انتهىٰ .

واشتراط « الحاوي » الأمانة يقتضي أنه لا بد من ثبوتها[5] ، وبه صرح النووي في « فتاويه »

---

(١) انظر « فتح العزيز » (١٣/٥٩١) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١١) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٥) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥٠٣ ، ٥٠٤) .
(٤) الروضة (٤/١٨٧) .
(٥) الحاوي (ص ٥٤٦) .

فقال : إنه لا بد من ثبوت أهلية الأم للحضانة عند القاضي إذا نازعها الأب أو غيره من المستحقين ، وسبقه إليه البغوي فقال : لا يقبل قولها في الأهلية إلا ببينة ، ورده في « المهمات »[1] .

وعبارة « أصل الروضة » : يشترط كونها أمينة ، لكنه عقبه بقوله : فلا حضانة لفاسقة[2] ، وقال في « التوشيح » : سُئلت عن كلام الماوردي والنووي ، وأفتيت : بأنهما إن تنازعا في الأهلية بعد تسلمها الولد . . فلا ينزع من يدها ، ويقبل قولها في الأهلية ، وإن كان قبل . . لم يسلم إليها إلا بعد الثبوت .

٤٥١٦ـ قولهم : **(إنه لا حضانة لكافر علىٰ مسلم)**[3] يقتضي أن للمسلم حضانة الكافر ، وهو كذلك على الصحيح .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وقد يستشكل : بأنه لا يثبت للمسلم ولاية النكاح علىٰ قريبته الكافرة ، قال : ولعل الجواب : أن القصد بالولي في النكاح طلب الكفء وعدم دخول العار ، وكفرها قاطع لذلك ، وهنا المقصود به الشفقة على الصغير والمجنون ، وفيه نظر . انتهىٰ .

٤٥١٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٢] : **(ولا حق للمرأة إذا نكحت حتىٰ تطلق ، إلا أن يكون الزوج جد الطفل)** فيه أمور :

أحدها : يستثنىٰ من سقوط الحضانة بالنكاح : ما لو خالع زوجته بألف وحضانة الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة . . فليس له انتزاعه منها ؛ لأن الإجارة عقد لازم ، حكاه في « الروضة » وأصلها في آخر (الخلع) عن « فتاوى القاضي حسين »[4] ، وهو واضح ، وليس الاستحقاق هنا بالقرابة ، بل بالإجارة ، ويرد ذلك علىٰ إطلاق « المنهاج » و« الحاوي » أيضاً .

ثانيها : بقاء الحضانة فيما إذا كان الزوج جد الطفل في « أصل الروضة » عن نص الشافعي ، وعلله : بأنه ولي تام الشفقة قائم مقام الأب[5] ، ومنه يؤخذ أن محله : في أب الأب ، فلو كان أبا الأم . . بطل حقها ، وبه صرح النووي في « فتاويه » و« تحريره »[6] .

قال في « الكفاية » : وهو الذي يظهر من كلام الأئمة ؛ لتصويرهم المسألة : بأن يتزوج رجل بامرأة ويتزوج ابنه بابنتها من غيره ، ثم يجيء لابنه ولد منها ، ثم تموت الأم أو يقوم بها مانع من

---

(١) فتاوي النووي (ص ١٥٥) .
(٢) الروضة (٩/ ١٠٠) .
(٣) انظر « التنبيه » (ص ٢١١) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٦) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٥) .
(٤) فتح العزيز (٨/ ٤٧٦) ، الروضة (٧/ ٤٣٧) .
(٥) الروضة (٩/ ١٠٠) .
(٦) فتاوى النووي (ص ١٥٥) ، تحرير ألفاظ التنبيه (ص ٢٩١) .

الحضانة . . فتنتقل إلىٰ أم الأم وهي زوجة الجد ، قال : وفي الجيلي حكاية عن « البحر » و« الحلية » أنه لا فرق بن الجدين .

قال شيخنا ابن النقيب : وكلام القاضي حسين يفهمه أيضاً[(١)] .

وقال شيخنا الإسنوي في « تنقيحه » : وقد رأيت « الحلية » للروياني فلم أجد ما قاله مذكوراً فيها ، بل فيها كما في « التنبيه » وغيره .

وقال شيخنا الإمام البلقيني بعد نقله ما تقدم عن « فتاوى النووي » : وهو مقتضىٰ كلام الأئمة ، وخالف في ذلك الجرجاني في « التحرير » فذهب إلى استحقاقها الحضانة إذا كانت منكوحة جد الطفل لأمه[(٢)] .

ثالثها : لا يختص ذلك بجد الطفل ، بل كل من له مدخل في حضانته كذلك ؛ ولهـٰذا قال « الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**وإن نكحت ـ لا من له حق الحضانة ـ . . بطل الحق**) وعبارة « المنهاج » [ص ٤٦٥] : (**وناكحة غير أبي الطفل إلا عمه وابن عمه وابن أخيه في الأصح**) وكأنه أراد : الأب وإن علا ؛ ليدخل فيه الجد ، والمراد : أب الأب كما تقدم .

قال شيخنا ابن النقيب : وإنما يتصور تزوجها بابن أخيه في غير الأم وأمهاتها : بأن تتزوج أخته لأمه بابن أخيه لأبيه ؛ فإن **الأصح** : أن أخته لأمه مقدمة على الأخ للأب ، وهـٰذه ليست في « الروضة » ، لكن ضابطه يشملها ، وهو قوله : (بأن تنكح قريباً للطفل له حق الحضانة)[(٣)] .

ويرد علىٰ حصر « المنهاج » : ما إذا تزوجت أخته لأمه بأخيه لأبيه[(٤)] .

رابعها : يرد على الثلاثة : أن محل بقاء الحضانة حيث نكحت من له حضانة : إذا رضي من نكحته بحضانتها ، وله الامتناع من ذلك .

خامسها : محل سقوطها فيما إذا نكحت من لا حضانة له : إذا لم يرض الأب بذلك ، فإن رضي به . . بقي حق الأم كما نقله الرافعي عن « التهذيب »[(٥)] ، **وصححه** في « الكفاية » .

٤٥١٨ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٥] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**وإن كان رضيعاً . . اشتُرِط أن ترضعه على الصحيح**) قال شيخنا الإمام البلقيني : المراد : إذا كانت ذات لبن كما صرح به في « المحرر »[(٦)] .

---

(١) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ١٣٧) .
(٢) التحرير (٢/ ٢٠٢) .
(٣) الروضة (٩/ ١٠٠) .
(٤) انظر « السراج علىٰ نكت المنهاج » (٧/ ١٣٧) .
(٥) التهذيب (٦/ ٣٩٤) ، وانظر « فتح العزيز » (١٠/ ١٠٧) .
(٦) المحرر (ص ٣٨٣) .

وحاصله أنه إن لم يكن لها لبن.. فلا خلاف في استحقاقها، وإن كان لها لبن وامتنعت.. **فالصحيح**: أنه لا حضانة لها، قال: وإذا رضيت بإرضاعه بأجرة ووجد الأب متبرعة.. فالحكم علىٰ جواب الأكثرين: أنه لا حضانة للأم في هٰذه الحالة؛ لأن للوالد الانتزاع.

تَنْبِيهٌ

[موانع الحضانة]

ذكر الثلاثة من موانع الحضانة: الرق، والفسق، والكفر على المسلم، ونكاح من لا حق له في الحضانة، وزاد « المنهاج » و« الحاوي »: الجنون، والامتناع من إرضاع الرضيع[1].

وبقي عليهم جميعاً: المرض الذي لا يُرجىٰ زواله؛ كالسل والفالج إن شغله أَلَمُهُ عن كفالته وتدبير أمره، فإن أثر عسر الحركة والتصرف.. أسقط الحضانة أيضاً فيمن يباشر بنفسه دون من يشير ويباشر غيره، وكذلك العمىٰ كما صرح به عبد الملك بن إبراهيم المقدسي الهمداني من أئمة أصحابنا ومن أقران ابن الصباغ، وفي كلام الإمام إيماء إليه؛ حيث قال: إنها مراقبة على اللحظات[2]، لكن ذهب في « المهمات » إلىٰ ثبوت الحضانة للعمياء؛ فإنه لا يلزمها تعاطيها بنفسها، بل لها الاستنابة فيها، وقد صرحوا بأنه يجوز استئجار أعمىٰ للحفظ إجارة ذمة لا إجارة عين.

وقال شيخنا الإمام البلقيني: لم يذكروا المستأجرة ولا الموصىٰ بمنفعتها إذا عتقت، وفيهما بحث.

٤٥١٩ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٦]: (**فإن كَمُلَت ناقصةٌ أو طلقت منكوحةٌ.. حضنت**) شرطه في الطلاق: رضا الزوج بدخوله بيته إن كان البيت له، بخلاف رضاه في صلب النكاح؛ فإنه يشوش الاستمتاع؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٤٦]: (**وله منع دخوله داره**) قال شيخنا الإمام البلقيني: فلو وطئت بشبهة أو كانت محرمة أو مظاهراً منها قبل التكفير.. ففيه تفصيل ذكرته في « ذكر المستند في تخيير الولد ».

٤٥٢٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٦]: (**وإن غابت الأم أو امتنعت.. فللجدة على الصحيح**) مثال، ولا يختص الحكم به، فمتى امتنع الأقرب.. كانت لمن يليه لا للسلطان **على الصحيح**.

٤٥٢١ـ قول « التنبيه » [ص ٢١١]: (**وإذا بلغ الصبي سبع سنين وهو يعقل.. خير بين الأبوين**) فيه أمور:

---

(١) التنبيه (ص ٢١١)، الحاوي (ص ٥٤٦)، المنهاج (ص ٤٦٥).

(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٥٥٥).

أحدها : أنه أراد بالصبي : الذكر والأنثىٰ ؛ بدليل : أنه قسمه بعد ذلك إلى ابن وبنت ، وقد صرح ابن حزم الظاهري بتناوله لهما[1] ، وإن اشتهر خلافه ، وعبر « المنهاج » و« الحاوي » بـ (**المميز**) وأدخلا فيه الذكر والأنثىٰ أيضاً[2] .

ثانيها : أنه اعتبر بلوغه سبعاً بشرط العقل ، وعلقه « المنهاج » و« الحاوي » بالتمييز[3] ، وقال الأصحاب : إن سن التمييز غالباً سبع أو ثمان تقريباً ، وقد يتقدم على السبع وقد يتأخر عن الثمان ، ومدار الحكم التمييز لا سنه .

ثالثها : لا يخفىٰ أن شرطه : أن يكونا بصفات الحضانة ويتنازعا ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٦٦] : (**فإن كان في أحدهما جنون أو كفر أو رق أو فسق أو نكحت . . فالحق للآخر**) .

رابعها : قال في « الكفاية » : يعتبر أيضاً أن يكون عارفاً بأسباب الاختيار ، وإلا . . أُخِّر إلىٰ حصول ذلك ، وهو موكول إلى اجتهاد القاضي .

خامسها : المراد بالأبوين : الأب والأم وإن علوا ؛ بدليل قوله بعده : (**فإن لم يكن له أب ولا جد وله عصبة غيرهما . . خير بين الأم وبينهم علىٰ ظاهر المذهب**)[4] وهو أعم من اقتصار « المنهاج » على الأخ والعم ، لكنه زاد : التخيير بين الأب والأخت أو الخالة **في الأصح**[5] .

ووقع في « الروضة » أن هـٰذا إذا قدمناهما عليه ، والذي في الرافعي : إذا قدمناه عليهما[6] ، وهو الصواب ، وإلا . . يكون تفريعاً علىٰ ضعيف ؛ **فإن الأصح** : تقديمه عليهما ، وليس في قول « الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**ومُختار المميز**) إفصاح عن المخير بينهما .

٤٥٢٢ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٦] : (**وإن اختار أحدهما ثم الآخر . . حُوِّل إليه**) زاد « التنبيه » [ص ٢١١] : (**فإن عاد واختار الأول . . أعيد إليه**) قال في « الروضة » وأصلها : فإن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه قلة تمييزه . . جعل عند الأم كما قبل التمييز ، وكذا لو بلغ وهو علىٰ نقصانه وجهله . انتهىٰ[7] .

وخالف الإمام وقال : لا وجه إلا إتباعه ؛ فإن ذلك لا ينكر في حال الصبي[8] ، وكذا الماوردي

---

(١) انظر « المحلىٰ » (١/ ٨٨) .

(٢) الحاوي (ص ٥٤٦) ، المنهاج (ص ٤٦٦) .

(٣) الحاوي (ص ٥٤٦) ، المنهاج (ص ٤٦٦) .

(٤) انظر « التنبيه » (ص ٢١١) .

(٥) المنهاج (ص ٤٦٦) .

(٦) فتح العزيز (١٠/ ٩٦) ، الروضة (٩/ ١٠٤) .

(٧) فتح العزيز (١٠/ ٩٦) ، الروضة (٩/ ١٠٤) .

(٨) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٥٤٧) .

فقال : وعلىٰ هـٰذا أبداً كلما اختار واحداً بعد واحد . . حُوِّل إليه[١] .

٤٥٢٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٢] : (**وإن أراد الأب أو الجد الخروج إلىٰ مسافة تقصر فيها الصلاة بنية المقام والطريق آمن وأرادت الأم المقام . . كان الأب والجد أحق به والعصبة من بعده**) فيه أمور :

أحدها : أن قوله : (**إلىٰ مسافة**) يشمل البلد وغيرها ، وأورد في « الكفاية » لفظ « التنبيه » : (**إلىٰ بلد**) وقال : احترز به عن الانتقال إلىٰ بادية ؛ فالأم أحق به ، وأطلق « المنهاج » و« الحاوي » النقلة ، لكن عبر « المنهاج » بعده بالبلد المقصود[٢] .

ثانيها : اعتبار مسافة القصر جواب الشيخ أبي حامد والقفال والماوردي ، وأفتىٰ به ابن الصلاح[٣] ، لكن ضعفه « المنهاج »[٤] ، ورجح أن السفر القصير في ذلك كالطويل ؛ ولهـٰذا أطلق « الحاوي » النقلة[٥] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : **الفتوىٰ به أحق** ، والمعنىٰ يساعده ، وهو أنه يحصل فوات النسب بالقريب كالبعيد .

ثالثها : يعتبر أمن البلد المقصود أيضاً كما صرح به « المنهاج » ولعله مأخوذ من باب أولىٰ ، ولم يذكر « الحاوي » الأمن في الطريق ولا المقصد ؛ وكأنه أهمله لوضوحه .

رابعها : لا يختص ذلك بسفر الأب ، بل لو أرادت الأم سفر النقلة . . كان مع الأب أيضاً ؛ ولهـٰذا قال « المنهاج » [ص ٤٦٦] : (**ولو أراد أحدهما سفر نُقلةٍ . . فالأب أولىٰ**) و« الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**إن سافرت ، أو هو لنُقلةٍ**) .

خامسها : أنه أطلق العصبة ، وقال « المنهاج » [ص ٤٦٦] : (**ومحارم العصبة في هـٰذا كالأب ، وكذا ابن عمٍّ لذكرٍ ، ولا يُعطَىٰ أنثىٰ ، فإن رافقته بنته . . سُلِّم إليها**) ، وما ذكره من التسليم لبنته حكاه في « أصل الروضة » عن « الشامل »[٦] ، وقريب منه ما تقدم عن « الروضة » فيما إذا كانت الحضانة لابن العم : أنه إن كانت له بنت . . سلمت إليه[٧] .

ومحل كونه لا يعطىٰ أنثىٰ : إذا بلغت حد الشهوة كما حكاه في «أصل الروضة» عن «التتمة»[٨] ،

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (٥٠٩/١١) .

(٢) الحاوي (ص ٥٤٦) ، المنهاج (ص ٤٦٦) .

(٣) انظر « الحاوي الكبير » (٥٠٤/١١) ، و« فتاوى ابن الصلاح » (٦٩٢/٢) مسألة (١٠٦٢) .

(٤) المنهاج (ص ٤٦٦) .

(٥) الحاوي (ص ٥٤٦) .

(٦) الروضة (١٠٧/٩) .

(٧) الروضة (١١١/٩) .

(٨) الروضة (ص ١١١/٩) .

ويوافقه قول « المنهاج » فيما تقدم [ص ٤٦٥] : (**ولا تسلم إليه مشتهاة**) ، ولم يذكر « الحاوي » انتزاع العصبة عند النقلة .

سادسها : يستثنىٰ من انتزاع العصبة : ما لو أراد الأخ النقلة وهناك ابن أخ أو عم مقيمان . . فليس للأخ انتزاعه من الأم ، بخلاف الأب والجد ؛ لكمال عنايتهما ، حكاه في « الروضة » وأصلها عن المتولي[1] ، ويخالفه قول الماوردي : أنه إذا انتقل أقارب عصبته وأقام أباعِدُهم . . فالمنتقلون أولىٰ به[2] .

وقال شيخنا الإمام البلقيني : وهو **الأصح** ، ويشهد له ظاهر نص « الأم » و« المختصر »[3] ، وهو مقتضىٰ إطلاق الأصحاب ، وما تقدم عن المتولي من مفرداته التي هي غير معمول بها .

٤٥٢٤ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٢] : (**وإذا بلغ الغلام . . ولي أمر نفسه**) له شرطان :

أحدهما : أن يكون رشيداً ، فلو كان غير رشيد . . فأطلق جماعة أنه كالصبي ، وقال ابن كج : إن لم يحسن تدبير نفسه . . فالأمر كذلك ، وإن كان إخلال الرشد لعدم صلاح الدين . . **فالصحيح** : أنه يسكن حيث شاء ، وقيل : تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر عنه ، قال الرافعي : وهٰذا التفصيل حسن[4] ، واستشكله ابن الرفعة : بأن السفه إذا كان في الدين . . فالعار اللاحق بسببه أشدُّ ، واعتناء الشارع بدفعه أتم ، فإذا كان لهما المنع من الانفراد بسبب تدبير[5] المال . . فلصيانة الدين أولىٰ .

ثانيهما : ألاَّ يكون أمرد يخاف من انفراده فتنة وتنقدح تهمة ، فإن كان كذلك . . منع من مفارقة الأبوين ، حكاه في « العُدة » عن الأصحاب ، قال في « الروضة » : والجد كالأبوين في حق الأمرد ، وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما ؛ لاشتراك الجميع في المعنىٰ[6] .

٤٥٢٥ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٢] : (**وإن بلغت الجارية . . كانت عند أحدهما حتىٰ تتزوج**) أي : وتُزف إلى الزوج ، وفيه بعد ذلك أمور :

أحدها : أن محل ذلك: في البكر كما قيده به «الحاوي»[7] ، أما الثيب : فتسكن حيث شاءت ، إلا مع التهمة والريبة . . فللعصبات منعها من الانفراد ، وقد ذكره « الحاوي » فقال [ص٥٤٦] : (**وعلى الثيب عند التهمة للعصبة**)، وقد يفهم التقييد بالبكارة من قول «التنبيه»: (**حتىٰ تتزوج**) .

---

(١) فتح العزيز (١٠/٩٩) ، الروضة (٩/١٠٧) .
(٢) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥٢٣) .
(٣) الأم (٥/٩٣) ، مختصر المزني (ص ٢٣٥) .
(٤) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ٩٣) .
(٥) في (د) : (تبذير) .
(٦) الروضة (٩/١٠٣) .
(٧) الحاوي (ص ٥٤٦) .

ثانيها : قوله : (**عند أحدهما**) أي : الأب والأم إن افترقا ، وتختار من شاءت منهما ، فإن اجتمعا . . فعندهما ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٤٦] : (**وعلى البكر ولاية الإسكان للأب والجد**) فلم يذكر الأم ، ومقتضاهما : عدم تعدي ذلك للأخ والعم ، وفيه وجهان حكاهما البغوي ، وقال النووي : **أرجحهما** : ثبوتها[١] .

ثالثها : ظاهره وجوب ذلك ؛ فإن لفظه خبر ومعناه الأمر ، وأصرح منه في ذلك عبارة « الحاوي » المتقدمة ، وهو الذي **صححه** ابن كج والإمام والغزالي[٢] ، وذهب العراقيون إلىٰ عدم الوجوب ، وإنما تكره لها المفارقة .

قال في « المهمات » : **وعليه الفتوىٰ** ؛ فقد نقله الماوردي عن نص الشافعي فقال : وأكره للجارية أن تعتزل أبويها حتىٰ تتزوج ؛ لئلا تُسْبَقَ إليها ظنة ولا تتوجه إليها تهمة وإن لم تجبر على المقام معهما[٣] .

٤٥٢٦ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٢] : (**ومن بلغ منهما معتوهاً . . كان عند الأم**) محله : ما إذا لم يكن له زوج أو زوجة ، فإن كان . . فهو أحق بكفالته كما حكاه الماوردي[٤] .

* * *

---

(١) انظر « التهذيب » (٦/٣٩٦) ، و« الروضة » (٩/١٠٢) .
(٢) انظر « نهاية المطلب » (١٥/٥٤٧) ، و« الوجيز » (٢/١٢٣) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥١١) .
(٤) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥٠٩) .

بابُ نفقة الرّقيق والبهائم

٤٥٢٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**ومن ملك عبداً أو أمة. . لزمه نفقتهما وكسوتهما**) أي : بقدر الكفاية من غير تقدير ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٦٧] : (**عليه كفاية رقيقه نفقة وكسوة**) ويرد عليهما : بقية المؤن ، ومن ذلك : ماء الطهارة. . **فالأصح** : وجوبه له ، وفي كلام القاضي حسين والبغوي : عدم وجوبه في السفر .

قال شيخنا الإمام البلقيني : وهٰذا يقتضي أن الخلاف إنما هو في السفر ، أما في الحضر. . فيلزمه قطعاً ؛ لئلا يبقى القضاء لازماً للعبد ، وهٰذا مما لا بد منه ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**ويجب للرقيق قدر الكفاية بالعادة**) فلم يقيد ذلك بالنفقة والكسوة ، وهو أحسن .

ويرد علىٰ إطلاقهم : المكاتب. . فلا تجب نفقته ؛ لاستقلاله ولو كانت كتابته فاسدة ، وقد يفهم ذلك من كون « المنهاج » فصل فقال [ص ٤٦٧] : (**ومدبراً ومستولدة**) ولم يذكر المكاتب .

ويستثنىٰ من إطلاقهم أيضاً : الأمة المزوجة حيث أوجبنا لها النفقة ، أو أعسر الزوج ولم تفسخ ومنعنا السيد من الفسخ ، ويندرج في عبارتهم : الآبق ، **وهو المذهب** .

٤٥٢٨ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**فإن كانت الأمة للتسري. . فضلت علىٰ أمة الخدمة في الكسوة**) فيه أمور :

أحدها : أن مقتضاه : اختصاص التفضيل بأمة التسري ، وكذا في « الوجيز » و« البيان » وغيرهما[1]، ومال إليه في « المهمات » ، لكن قال الرافعي : لفظ الشافعي وعامة الأصحاب : أن ذات الجمال والفراهة تفضل، ولم يفرقوا بين السرية وغيرها ، بل صرح صاحب « التهذيب » بنفي الفرق[2] .

وقال في « التوشيح » : لا ينبغي أن يفهم منه التقييد بمن يُتسرىٰ بها ، بل الصالحة لذلك ، وهي كل جميلة يُتسرىٰ بمثلها في العادة ، ويوضح أن ذلك مراده قول المحاملي في « المقنع » : من تتخذ منهن للتسري والاستمتاع. . تكون كسوتها أرفع حالاً من التي تتخذ للخدمة ، فقوله : (تتخذ) في الموضعين ظاهر في أن مثلها يتخذ لذلك . انتهىٰ .

ثانيها : أن التفضيل لا يختص بالكسوة ؛ فالطعام كذلك كما جزم به الرافعي والنووي[3] ، ومال[4] في « المهمات » و« التوشيح » إلى الاختصاص كما قيد به « التنبيه » و« الوجيز » .

---

(١) الوجيز (٢/ ١٢٤) ، البيان (١١/ ٢٧٠) .

(٢) فتح العزيز (١٠/ ١١٢) ، وانظر « التهذيب » (٦/ ٤٠٢) .

(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١١٢) ، و« الروضة » (٩/ ١١٦) .

(٤) في النسخ : (وقال) ، ولعل الصواب ما أثبت .

وقال في « المهمات » : صرح به في « النهاية » و« المهذب » و« البيان » ، وزاد فقال : كما لا يستحب تفضيلها بالطعام[1] .

وقال في « التوشيح » : هو ظاهر إيراد المحاملي وغيره .

وقال ابن الرفعة : فيما ذكره الرافعي نظر ؛ لأن جنسه غالب قوت البلد ، فكيف يطرقه التفضيل ؟ قال : نعم يجوز أن يقال : إذا كان الغالب الأدون . . أعطي من الأعلىٰ .

ثالثها : أنه يقتضي وجوب التفضيل ، وكذا في « الوجيز »[2] ، وصرح به الإمام نقلاً عن الأصحاب[3] ، وهو ظاهر إيراد المحاملي ، ومال إليه في « المهمات » ، لكن المجزوم به في « أصل الروضة » الاستحباب ، وقال الرافعي : لفظ الوجوب لم يستعمله أكثر الأئمة[4] .

٤٥٢٩ـ قول « الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**والخشن في الكسوة**) محمول علىٰ أن الغالب في جنس كسوتهم ذلك ، فلو اعتيد لهم الناعم . . وجب ؛ ولذلك قال « المنهاج » [ص ٤٦٧] : (**من غالب قوت رقيق البلد وأدمهم وكسوتهم**) ويُراعىٰ فيه حال السيد أيضاً من يسار وإعسار ، فلو أكل السيد أو لبس دون المعتاد بخلاً أو رياضة . . لزمه للرقيق رعاية الغالب **على الصحيح** .

٤٥٣٠ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٧] : (**ويسن أن يناوله مما يتنعم به من طعامٍ وأدمٍ وكسوة**) قال في « المحرر » : (سيما إذا عالج الطعام وولي الطبخ)[5] ، وفي « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**ويستحب أن يجلس الغلام الذي يلي طعامه معه** ، **فإن لم يفعل** . . **أطعمه منه**) ، فجعل إجلاسه معه مقدماً علىٰ مناولته ، وعبارة « الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**والأولىٰ أن يجلسه معه للأكل** ، **أو يروّغ له لقمة**) فسوّىٰ بينهما ، والمراد : لقمة كبيرة تسد مسداً ، لا صغيرة تهيج الشهوة ولا تقضي النهمة .

قال الرافعي : وأشار الشافعي في ذلك إلىٰ ثلاث احتمالات :

أحدها : أنه يجب الترويغ والمناولة ، فإن أجلسه معه . . فهو أفضل .

وثانيها : أن الواجب أحدهما ، لا بعينه ، **وأصحهما** : أنه لا يجب واحد منهما ، ومنهم من نفى الخلاف في الوجوب ، وذكر قولين في أن الإجلاس أفضل أو هما متساويان ؟ ، والظاهر الأول ؛ ليتناول القدر الذي يشتهيه[6] .

وفي « المهمات » أن الشافعي رجح الأول فقال : إنه أولىٰ بمعنى الحديث .

---

(١) نهاية المطلب (١٥/ ٥٧٠) ، المهذب (٢/ ١٦٨) ، البيان (١١/ ٢٧٠) .
(٢) الوجيز (٢/ ١٢٤) .
(٣) انظر « نهاية المطلب » (١٥/ ٥٧٠) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ١١٢) ، الروضة (٩/ ١١٦) .
(٥) المحرر (ص ٣٨٥) .
(٦) انظر « فتح العزيز » (١٠/ ١١١ ، ١١٢) .

٤٥٣١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٧] : (**ويبيع القاضي فيها ماله**) ليس المراد : بيع جميع ماله في الحال ، وفي كيفيته وجهان :

أحدهما : يبيع شيئاً فشيئاً .

والثاني : يستدين عليه ، فإذا اجتمع شيء صالح .. باع وهو **الأصح** ، فإن لم يمكن بيع بعضه .. باع جميعه ، قاله الماوردي[١] .

٤٥٣٢ـ قوله : (**فإن فُقد المال .. أمره ببيعه أو إعتاقه**)[٢] يأمره قبل ذلك بإجارته ، وقول « الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**فإن امتنع .. بيع عليه أو أوجر**) يقتضي التسوية بينهما ، وليس كذلك ؛ ولهذا قال « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**أكري عليه إن أمكن إكراؤه ، وإن لم يمكن .. بيع عليه**) .

٤٥٣٣ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠ ، ٢١١] : (**وإن كانت له أم ولد ولم يمكن إكراؤها ولا تزويجها .. فيحتمل أن تُعتَق عليه ، ويحتمل ألاَّ تُعتَق**) هما وجهان للأصحاب ، **وأصحهما** : الثاني ، وينفق عليها من بيت المال ، والصورة فيما إذا لم يكن لها كسب ولا شيء لسيدها ، كذا ذكره النووي في « التصحيح »[٣] ، لكنه في « الروضة » تبعاً للرافعي فرض الخلاف مع القدرة على الكسب وإمكان التزويج ، فقال : إذا عجز عن نفقة أم ولده .. فعن الشيخ أبي زيد : أنه يجبر علىٰ عتقها أو تزويجها إن وجد راغب فيها ، وقال غيره : لا يجبر عليه ، بل يخليها ؛ لتكسب وتنفق علىٰ نفسها ، زاد في « الروضة » : هـٰذا الثاني **أصح** ، فإن تعذرت نفقتها بالكسب .. فهي في بيت المال[٤] .

واعلم : أن لفظ « التنبيه » : (**تُعتَق**) بضم أوله وفتح ثالثه ؛ فإن القائل بالعتق وهو الأودني لم يقل : أنها تعتق بمجرد ذلك ، وإنما قال : إنه يجبر علىٰ عتقها .

٤٥٣٤ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٧] : (**ويُجبر أمته علىٰ إرضاع ولدها**) قيده في « المحرر » بكونه منه[٥] ، وكذا في « الروضة » وأصلها[٦] ، وقد يفهمه قول « الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**وتجبر المستولدة برضاع ولدها**) أي : الذي أولدها إياه ؛ ولذلك عدل عن الأمة إلى المستولدة ، لكنه قال في « أصل الروضة » بعد ذلك : فلو لم يكن منه بل مملوك له من زوج أو زنا .. فحكم الإرضاع ما ذكرنا ، وإن كان حراً .. فله طلب الأجرة على الإرضاع ، ولا يلزمه التبرع به ، ولو

---

(١) انظر « الحاوي الكبير » (١١/ ٥٣٢) .
(٢) انظر « المنهاج » (ص ٤٦٧) .
(٣) تصحيح التنبيه (٢/ ١٤٥) .
(٤) فتح العزيز (١٠/ ٦٤) ، الروضة (٩/ ٨٢) .
(٥) المحرر (ص ٣٨٥) .
(٦) فتح العزيز (١٠/ ١١٣) ، الروضة (٩/ ١١٧) .

رضي بأن ترضعه مجاناً . . لم يكن لها الامتناع . انتهى[1] .

وقد ظهر بهٰذا التفصيل أن له الإجبار مطلقاً ، وأن التقييد بكونه منه لا يختلف به الحكم في الإجبار .

٤٥٣٥ـ قولهم ـ والعبارة لـ« التنبيه » ـ : (**ولا يسترضع الجارية إلا ما فضل عن ولدها**)[2] محله : فيما إذا كان الولد منه أو مملوكا له ، أما لو كان مملوكاً لغيره أو حراً . . فله أن يسترضعها من شاء ، ويمنعها إرضاع ولدها ؛ لأن إرضاعه علىٰ مالكه أو والده ، حكاه في « الكفاية » عن الماوردي ، وأقره[3] .

٤٥٣٦ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٧] : (**ولا يكلف رقيقه إلا عملاً يطيقه**) و« الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**ويكلفه ما يطيق**) و« التنبيه » [ص ٢١٠] : (**ولا يكلفه من الخدمة ما يضر به**) عبر في « الروضة » بقوله : ما لا يطيق الدوام عليه ، قال : ولا يجوز أن يكلفه عملاً يقدر عليه يوماً ويومين ثم يعجز عنه . انتهى[4] .

وهو صريح في أنه لا يجوز تكليفه عملاً في يوم لو كلفه مثله في اليوم الثاني . . لعجز عنه وإن لم يكلفه به في اليوم الثاني ، وليس ذلك مطابقاً لعبارة الرافعي ؛ فإنه إنما قال : ولا يكلفه الأعمال الشاقة إلا في بعض الأوقات ، ولا ما إذا قام به يوماً أو يومين . . عجز وضعف شهراً أو شهرين[5] .

٤٥٣٧ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**ويريحه في وقت القيلولة**) أي : في الصيف كما قيده به في « أصل الروضة » ، قال : ويستعمله في الشتاء في النهار مع طرفي الليل ، ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة ، وعلى العبد بذل المجهود وترك الكسل[6] .

٤٥٣٨ـ قوله : (**ومن ملك بهيمة . . وجب عليه القيام بعلفها**)[7] هو بفتح اللام ؛ أي : ما تُعلَفه ، أما بالإسكان . . فهو المصدر ، وليس مراداً هنا ، قاله النووي[8] ، وقال غيره : يجوز فيه الوجهان ، وكذا يجب سقيها ، صرح به « المنهاج »[9] ، ويقوم مقامهما : تخليتها للرعي وورود الماء إن اكتفت بذلك ، ولا مانع من ثلج وغيره ، فإن لم يكفها . . أضاف إليه من العلف

---

(١) الروضة (٩/١١٨) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٠) ، و« الحاوي » (ص ٥٤٧) ، و« المنهاج » (ص ٤٦٧) .
(٣) انظر « الحاوي الكبير » (١١/٥٣٠) .
(٤) الروضة (٩/١١٩) .
(٥) انظر « فتح العزيز » (١٠/١١٤) .
(٦) الروضة (٩/١١٩) .
(٧) انظر « التنبيه » (ص ٢١٠) .
(٨) انظر « تحرير ألفاظ التنبيه » (ص ٢٩٠) .
(٩) المنهاج (ص ٤٦٧) .

ما تتم به الكفاية ؛ ولذلك قال « الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**وعلف السائمة بالجدب**) أي : فمع الخصب يكفي الرعي إذا استغنت به ، ولم يذكر السقي .

٤٥٣٩ـ قول « التنبيه » [ص ٢١٠] : (**ولا يحمل عليها ما يضر بها**) قال في « الروضة » من زيادته : يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه وإن كانت تطيقه يوماً ونحوه كما سبق في الرقيق ، وفيه ما تقدم(١) .

٤٥٤٠ـ قوله : (**ولا يحلب من لبنها إلا ما فضل عن ولدها**)(٢) المراد : الفاضل عن القدر الذي يتضرر بتركه ؛ ولهـٰذا عبر « المنهاج » بقوله [ص ٤٦٧] : (**ولا يحلب ما ضر ولدها**) و« الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**ولا يضر بالنتاج بنزف اللبن**) ، قال الروياني : ونعني بالري : ما يقيمه حتىٰ لا يموت .

قال الرافعي : وقد يتوقف في الاكتفاء بهـٰذا ، قال المتولي : ولا يجوز الحلب إذا كان يضر البهيمة ؛ لقلة العلف(٣) .

٤٥٤١ـ قول « المنهاج » [ص ٤٦٧] ـ والعبارة له ـ و« الحاوي » [ص ٥٤٧] : (**وما لا روح له ؛ كقناةٍ ودارٍ لا تجب عمارتها**) لكن قال المتولي : يكره ترك عمارتها حتىٰ تخرب ، وكذا لا يجب سقي الزرع والشجر ، لكن يكره تركه عند الإمكان .

وعللوه : بأنه إضاعة مال ، وقد صرحوا في غير هـٰذا الموضع بتحريم إضاعة المال ، وكأن التحريم إذا كان بفعل ؛ كإلقاء المال في البحر ، والكراهة إذا كان بترك فعل ؛ كهـٰذه الصورة ؛ لمشقة العمل ، والله أعلم .

* * *

---

(١) الروضة (٩/١٢٠) .
(٢) انظر « التنبيه » (ص ٢١٠) .
(٣) انظر « فتح العزيز » (١٠/١١٥) .

محتوى الكتاب